



Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats

Christophe Quézel-Ambrunaz

► To cite this version:

Christophe Quézel-Ambrunaz (Dir.). Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats.
Christophe Quézel-Ambrunaz. Université de Savoie, pp.274, 2012, 978-2-919732-04-3. hal-01120176

HAL Id: hal-01120176

<https://hal.science/hal-01120176>

Submitted on 25 Feb 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats

Philippe Brun
Hélène Claret
Laurence Clerc-Renaud
Marie Courrèges
Vincent Forray
Olivier Gout
Bibiana Graeff
Ahlam Guessoum
Johann Le Bourg
Wellerson Pereira
Geneviève Pignarre
Louis-Frédéric Pignarre
Sébastien Pimont
Christophe Quézel-Ambrunaz
Jaimini Vyas

Université de Savoie

***LES DÉFIS DE
L'HARMONISATION EUROPÉENNE
DU DROIT DES CONTRATS***

Sous la direction de

Christophe Quézel-Ambrunaz

LES CONTRIBUTEURS

Philippe Brun, Université de Savoie
Hélène Claret, Université de Savoie
Laurence Clerc-Renaud, Université de Savoie
Marie Courrèges, Université de Pau et des Pays de l'Adour
Vincent Forray, Mc Gill University (Canada)
Olivier Gout, Université Lyon III
Bibiana Graeff, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brésil)
Ahlam Guessoum, Université de Savoie
Johann Le Bourg, Université Lyon III
Wellerson Pereira, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brésil)
Geneviève Pignarre, Université de Savoie
Louis-Frédéric Pignarre, Université de Montpellier
Sébastien Pimont, Université de Savoie
Christophe Quézel-Ambrunaz, Université de Grenoble
Jaimini Vyas, West-Bengal National University of Juridical Sciences (Inde)

Ouvrage réalisé avec le soutien du Centre de Droit Privé et Public
des Obligations et de la Consommation, CDPPOC, EA 4143
et de l'Université de Savoie.

© Université de Savoie
CDPPOC
BP 1104
F – 73011 CHAMBÉRY CEDEX
Tél. 04 79 75 85 14
Fax 04 79 75 91 23

Réalisation : Catherine Brun
ISBN : 978-2-919732-04-3
Dépôt légal : février 2012

À la mémoire de notre ami et collègue Sébastien Marciali.
Dans son combat contre la maladie qui l'a emporté, il souhaitait contribuer
à cet ouvrage. Ses contributions manquent. Il nous manque.

SOMMAIRE

Introduction

Christophe Quézel-Ambrunaz7

Première partie:

des défis partagés..... 15

L'harmonisation du droit des affaires en Afrique:

le droit OHADA

Olivier Gout..... 17

Initiatives d'harmonisation régionale du droit

de la consommation: les exemples du Mercosur et de l'OEA

Bibiana Graeff

Wellerson M. Pereira.....25

Les accords de Libre-échange en Asie. Évaluation de la possibilité d'une uniformisation des droits

Jaimini Vyas.....37

Deuxième partie:

le mode de réalisation d'un droit européen des contrats45

Le défi du langage

(Déterminabilité d'un droit européen des contrats et pluralisme linguistique)

Hélène Claret.....47

Réalisation instantanée ou progressive du futur instrument normatif?

Tentative d'approche méthodologique

Geneviève Pignarre

Louis-Frédéric Pignarre73

L'apport insoupçonné du droit social communautaire à l'élaboration

d'un instrument normatif en droit européen du contrat

Geneviève Pignarre93

Un droit européen des contrats efficace:

quelle intensité contraignante?

Ahlam Guessoum 107

Troisième partie:

l'étendue d'un droit européen à construire 139

Un Code européen des obligations?

Johann Le Bourg..... 141

Le très spécial avant le général: l'impossible droit commun

Louis-Frédéric Pignarre 167

<i>Les incidences croisées du droit européen des contrats et du droit des contrats publics interne</i>	
Marie Courrèges	179
<i>La place de la notion de réparation en droit européen des contrats</i>	
Laurence Clerc-Renaud.....	213
Quatrième partie:	
penser et enseigner un droit européen des contrats.....	231
<i>Le droit européen de la consommation et la critique de la théorie générale du contrat</i>	
Vincent Forray	233
<i>Ce qu'enseigner le droit européen des contrats veut dire</i>	
Sébastien Pimont.....	257
<i>Conclusion</i>	
Philippe Brun.....	271

INTRODUCTION

CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ

« Plaisante justice qu'une rivière borne !
Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà ! »
Pascal, *Pensées*¹.

À l'heure à laquelle les moyens de communication permettent aux hommes et aux marchandises d'atteindre n'importe quel point du continent européen en quelques heures au plus, à laquelle l'usage des nouveaux moyens de communication brouille l'idée même d'une frontière, le mot de Pascal conserve toute son acuité. Les frontières du droit semblent vaines lorsqu'elles découpent des espaces qui, en réalité, n'en connaissent pas, ou si peu, lorsque l'on s'intéresse aux échanges économiques, à la mobilité des personnes, à la diffusion de la culture²...

Chacun – peu important qu'il approuve ou désapprouve – a aujourd'hui conscience qu'est lancé un vaste chantier qui tend à un rapprochement significatif des législations des États de l'Union Européenne, en ce qui concerne les instruments juridiques qui sont les supports des échanges économiques : les contrats, plus largement, les obligations³. Mieux, ce droit européen des obligations, c'est un fait, existe déjà. Cette dernière assertion pourrait surprendre : le droit européen des obligations serait à construire, alors que son existence est avérée ? Sans compter qu'à l'aune de nos repères habituels de caractérisation des matières, il trouve difficilement une place : s'agit-il de droit européen, droit auquel est attachée une coloration publiciste, ou de droit privé des obligations, qui semble irréductiblement de nature interne ? Avec une once de provocation, l'on pourrait ajouter que le fait qu'il ne soit pas, ou guère, enseigné pour lui-même dans les facultés atteste de son inexistence...

D'un point de vue historique, pourtant, et si l'on veut bien considérer que l'Europe est une réalité plus ancienne que l'Union Européenne, le *ius commune*

1 *Pensées*, III, 8.

2 Une sorte de circularité entre culture et droit peut être dégagée, cf. P. LEGRAND, « Le primat de la culture », *Le droit privé européen*, P. de Vareilles-Sommières (dir.), Economica, coll. Études juridiques, 1998, p. 1.

3 L. F. DEL DUCA, A. H. KRITZER, D. NAGEL, « Achieving optimal use of harmonization techniques in an increasingly interrelated twenty-first century world of consumer sales: moving the EU harmonization process to a global plane », 27 *Penn St. Int'l L. Rev.* 641 (2009).

ancien apporte le modèle d'un authentique droit européen, assis sur les textes du droit romain⁴ et leur interprétation, circulant par de savants écrits. De ce *ius commune* reste à tout le moins une trace, une « grammaire commune »⁵, des matériaux de construction⁶ semblables, si ce n'est plus, dans les législations nationales des États européens, du moins celles de la famille dite « romano-germanique ».

De droit positif, l'on ne peut nier que la construction européenne, avec son flot de directives et de règlements, a introduit au sein de chaque ordre national des dispositions de droit des contrats, à la marge certainement des principes généraux et du droit commun, mais dont on ne peut exclure l'influence sur ceux-ci. Ainsi, l'adoption d'un Code européen de la consommation n'introduirait guère de bouleversements⁷. À tout le moins, les régimes spéciaux qui ont été créés ou les points de détail qui sont ainsi réglés sont autant d'îlots d'uniformité dans les eaux des spécificités des dispositions nationales. Le procédé d'uniformisation se distingue d'ailleurs de la réalité du *ius commune* : là où ce qui est uniforme se suffit à soi-même et dispense de toute référence à d'autres instruments, ce qui est commun ne se conçoit que dans un rapport de commun à spécial, et donc dans un irréductible pluralisme juridique⁸. De la sorte, si la référence au *ius commune* est pertinente pour accréditer l'idée d'un droit européen ancien, tout parallèle avec un projet d'une uniformisation du droit, tel qu'il semble se dessiner, apparaît excessif⁹.

De droit prospectif enfin, le nombre de travaux¹⁰ destinés à dégager les dénominateurs communs du droit européen, ou encore à formuler des principes communs, voire à proposer des projets de textes autour desquels une harmonisation

4 R.-M. RAMPENBERG, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, LGDJ, 2005.

5 Ph. RÉMY, « Ouverture », *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 10.

6 Sur cette image, A. WIJFFELS, « Qu'est-ce que le *ius commune* ? », *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 649.

7 E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, préface P. de Vareilles-Sommières, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 463, 2006, nos 1231.

8 F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, traduit et présenté par A. Dufour, PUF, Leviathan, 2006, p. 68 *sqq.* et p. 90 *sqq.* Adde A. WIJFFELS, *op. cit.*, p. 643 ; J.-L. HALPERIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, SLC, Coll. Droit privé comparé et européen, 2003, p. 25. Sur le pluralisme juridique en Europe, B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463.

9 B. OPPETIT, « Retour à un droit commun européen », *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de Législation Comparée, Coll. Droit privé comparé et européen, 2003, p. 17 ; C. JAMIN, « Un droit européen des contrats ? », P. de Vareilles-Sommières (dir.), *Le droit privé européen*, Economica, coll. Études juridiques, 1998, pp. 40 *sqq.* n° 5.

10 Cf. *Les Acquis Principles* : <http://www.acquis-group.org/> ; Les principes de droit européen du contrat : http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/ ; Les principes contractuels communs de l'association Henri Capitant/SLC : http://www.legiscompare.com/IMG/pdf/Textes_proposes_synthese.pdf ; Les travaux du Study group on a European civil Code : <http://www.sgecc.net> ; Les principes de droit européen de la responsabilité civile : <http://www.egtl.org/> ; Le Code Européen des contrats de l'Académie des Privatistes Européens : <http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it/> (voir aussi *Gaz. Pal.*, 21-22 et 23 au 23 février 2003) ; Le *Draft Common Frame of Reference* (C. von Bar, E. Clive (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, Sellier European Law Publishers, 2009),

voire une uniformisation pourrait se faire, atteste de la pertinence de l'idée d'un droit européen des obligations ou des contrats. En effet, pour n'être évidemment pas pourvus de positivité¹¹, de tels travaux doctrinaux sont évidemment parés de juridicité¹², et attestent d'un moment historique de convergence des idées et des efforts de recherche¹³. En tant que tels, ils peuvent légitimement prétendre influencer sur les réformes internes en cours, voire directement sur les solutions jurisprudentielles¹⁴. Une nouvelle aura, et une nouvelle fonction, sont d'ailleurs dévolues au droit comparé¹⁵.

Un *ius commune* enraciné en histoire du droit, des dispositions positives diffuses, des textes de droit prospectif au devenir incertain, le droit européen des contrats, voire des obligations existe, mais manque singulièrement de force. Il pourrait y être remédié par l'adoption d'un instrument qui aurait une vocation à embrasser plus généralement la matière, avec une force relativement contraignante – quitte à ce qu'elle ne soit utilisée que pour la mise en œuvre d'un instrument optionnel (serait évidemment préférable, une adoption *non razione imperii, sed imperio rationis*¹⁶, ce qui exige une haute qualité de l'instrument¹⁷). Ceci suppose une volonté politique tendue vers une uniformisation de pans entiers du droit privé.

Cette volonté politique ne semble guère faire de doutes aujourd'hui. Si de nombreuses initiatives sont, au fil du vingtième siècle, restées sans lendemain¹⁸, la Commission européenne relaye désormais et impulse la réflexion doctrinale, notamment au gré de nombreuses communications et livres verts¹⁹, suscitant, au fil des années, des réactions plus nombreuses²⁰. Un groupe d'experts, chargés

partiellement traduit: <http://www.fondation-droitcontinental.org/>; l'étude de faisabilité: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf

11 Ph. RÉMY, *op. cit.* p. 7.

12 Et traités comme tels: F. PARISI, B. LUPPI, V. FON, «Optimal remedies for bilateral contracts», 40 *J. Legal Stud.* 245 (2011) ; R. R.W. BROOKS, A. STREMITZER, «Remedies on and off contract», 120 *Yale L.J.* 690 (2011).

13 B. FAUVARQUE-COSSON, «L'élaboration du cadre commun de référence: regards comparatifs sur les travaux académiques», *RDC* 2008, p. 527.

14 P. DEUMIER, «L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale», *D.* 2008, p. 494.

15 R. ZIMMERMANN, «Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé», *RTD civ.* 2007, p. 451.

16 Cf. A. WIJFFELS, *op. cit.* p. 655.

17 Sur les critères d'attractivité des droits des contrats, S. VOGENAUER, S. WEATHERILL, «La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats – une analyse empirique», *RDC* 2005, p. 1215.

18 L'on pense au Code franco-italien des obligations, débuté en 1916 et publié en 1929, mort né pour des raisons politiques évidentes; à la proposition de l'association Henri Capitant de 1953 en faveur de l'élaboration d'un Code des obligations européen... mais aussi aux résolutions du Parlement européen du 26 mai 1989, OJ C 158, 26.6.1989, p. 400 et du 6 mai 1994, OJ C 205, 25.7.1994, p. 518.

19 COM(2001) 398 du 11.7.2001; COM(2003) 68 du 12.2.2003; COM(2004) 651 du 11.10.2004; COM(2008) 614 du 8.10.2008; COM(2010)348 du 1.7.2010.

20 Cf. les réactions à la consultation lancée en 2010, http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contract/opinion/100701_en.htm et notamment celle signée par plusieurs contributeurs à cet ouvrage, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/38_fr.pdf

d'étudier la faisabilité d'un droit commun européen, n'a pas hésité à produire son propre texte prospectif²¹ : curieux procédé consistant à réaliser un ouvrage dont on vous demande s'il est faisable ! Cela ressemble à la confiscation d'un débat qui devait être mené par les juristes européens, d'autant plus surprenant qu'il intervient au lendemain de la publication de nombreuses, et souvent très complètes réponses à un livre vert, qui laissait justement ouverte les questions des fins et des moyens d'un droit européen des contrats²².

La messe semble dite : un instrument européen portera très probablement un droit européen des contrats – quel qu'en soit le nom (Code européen des obligations, cadre commun de référence)²³. Restent par contre en suspens les finalités de ce droit, les modalités de sa réalisation²⁴, sa force contraignante, son champ d'application géographique, sa langue, la manière de le diffuser et de l'enseigner... La Commission propose une démonstration qui apparaît indiscutable : la diversité du droit des obligations sur le continent est un frein aux échanges économiques²⁵ ; harmoniser ou uniformiser les droits nationaux est favorable aux échanges ; la

21 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf

22 H. CLARET, G. PIGNARRE et Groupe de travail du CDPPOC, « Les méthodes de la Commission : à quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint ? », *D.* 2011, p. 1981. D'une manière générale sur la stratégie développée par la Commission, C. PÉRÈS, « Livre vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC* 2011, p. 13 ; M. NADAUD, *La diversité des méthodes d'intégration juridique européenne dans le domaine du droit des contrats, Étude de l'organisation d'un espace normatif européen du contrat*, th. Toulouse 2010.

23 A. MARAIS, « Codification et simplification du droit à l'aune du droit européen des contrats », *RDC* 2006, p. 523. Le débat sur le terme « Code » passionne : Ph. MALAURIE, « Le Code civil européen des obligations et des contrats – une question toujours ouverte », *JCP G* 2002, I, n° 110 ; J. BASEDOW, « Un droit commun des contrats pour le marché commun », *RIDC* 1998, p. 7 ; G. GANDOLFI, « Pour un Code européen des contrats », *RTD civ.* 1992, p. 707 ; HARTKAMP *et alii* (dir.), *Towards an European Civil Code*, Kluwer law International, 1998 ; O. LANDO et H. BEALE, *Principles of European Contract Law*, I et II, Kluwer Law International, 2000 ; P. LEGRAND, « Sens et non-sens d'un Code civil européen », *RIDC* 1996, p. 779 ; R. SCHULZE, « Le droit privé commun européen », *RIDC* 1995, p. 7 ; F. WERRO, *L'européanisation du droit privé - vers un Code civil européen ?*, Fribourg, 1998 ; D. BLANC, « Droit européen des contrats : un processus en voie de dilution ? », *D.* 2008, p. 564. G. CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002. Chron. 351 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463 ; V. HEUZÉ, « À propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP G* 2002. I. 152 ; J. HUET, « Nous faut-il un « euro » droit civil ? », *D.* 2002. Point de vue 2611 ; Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de code civil de M. von Bar », *D.* 2002. Chron. 2202 ; « Vers un code civil européen ? », *Pouvoirs*, n° 107, 2003. 97 ; D. MAZEAUD, « Faut-il avoir peur du droit européen des contrats ? », *Mélanges Blanc-Jouvan*, SLC, 2005, p. 309 ; C. PRIETO, « Un code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique », *LPA*, n° 92, 2004. 19 ; C. WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.* 2000. Chron. 79.

24 J. SMITS, *The making of European private Law, toward a Ius commune europaeum as a mixed legal system*, transl. by Nicole Kornet, Intersentia, 2002.

25 Cf. À ce propos, pour les relations B2B et B2C, les Eurobaromètres 2011, n° 320 et 321, http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_320_en.pdf ; http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_321_en.pdf

concurrence doit y gagner, donc, au final, le bien-être de la population²⁶. La crise que traverse l'Europe, particulièrement l'Eurozone sera-t-elle instrumentalisée pour présenter comme encore plus nécessaire une uniformisation rapide?

L'on pourrait pourtant penser, contre le discours de la Commission, que le droit n'est pas qu'un moyen technique permettant la pleine réalisation du marché unique, mais qu'il peut également poursuivre d'autres fins, et peut porter d'autres valeurs. Certainement, le droit des obligations n'est pas neutre politiquement, et il convient d'opter pour le renforcement d'une Europe sociale, pour la protection de la partie faible, ou pour le triomphe de l'individualisme et du libéralisme. En tout état de cause, la Commission européenne a récemment changé sa perspective: l'harmonisation du droit des contrats n'est plus seulement un moyen de mise en œuvre des autres politiques (protection des consommateurs, réalisation d'un marché unique...), mais devient un objectif en soi²⁷. À tout le moins, l'entreprise mériterait mieux que la seule procédure d'adoption d'une directive ou d'un règlement.

C'est peut-être pourtant vers une l'adoption d'un règlement²⁸, assez minimaliste dans son champ d'application (droit de la vente) comme dans son impérativité (un droit optionnel), que l'on s'oriente, ainsi que le prévoit un projet du 11 octobre 2011. Ce serait toutefois un instrument relativement audacieux en ce que par sa nature de règlement, il viendrait imposer directement aux États-membres un second droit national interne, qui aurait la particularité d'être commun aux Vingt-sept. Il ne s'agit que d'un ajout: les règles de Rome I et Rome II ne seraient pas mises en cause; le recours aux droits internes grâce aux règles du droit international privé serait donc toujours possible²⁹. Ainsi, les acteurs économiques auraient la possibilité d'élire le régime européen comme droit national, pour les relations transfrontalières intra-européennes, ou pour les relations transfrontalières avec le reste du monde. Il serait loisible au législateur national d'étendre cette faculté de choix aux contrats sans éléments d'extranéité. De même, alors que le droit européen de la vente, tel qu'il est prévu, ne s'applique en principe qu'aux contrats dans lesquels l'une des parties est un consommateur ou une PME; le législateur national aurait la faculté d'étendre son application aux contrats conclus entre professionnels lorsqu'aucun n'est une PME.

26 Comp. B. DEFFAINS, «Nécessité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe», *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, SLC, coll. Droit privé et comparé européen, 2008, p. 85.

27 R. SCHULZE, «Le nouveau Cadre commun de référence et l'acquis communautaire», *RDC* 2009, p. 922. *Adde.* H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER et R. ZIMMERMANN, «The Common Frame of Reference for European private law – Policy choices and codification problems», 28 *Oxford J. Legal Stud.* 659 (2008).

28 Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, 11 octobre 2011, COM(2011) 635 final.

29 Respectivement, Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO L 177 du 04.07.2008, p. 6; et Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non Contractuelles [dont les obligations d'information précontractuelle] («Rome II»), JO L 199 du 31.07.2007, p. 40.

L'on peut convenir qu'à supposer le règlement adopté dans les termes de la proposition³⁰, l'uniformisation du droit des contrats européen n'en sera qu'à une première étape. La vente, pour emblématique qu'elle est, ne saurait couvrir l'intégralité des rapports économiques transfrontaliers. En outre, avoir un texte uniforme ne garantit pas un droit uniforme : tout dépend de l'interprétation que peut en donner le juge³¹. Après tout, l'innovation qu'apporterait un tel règlement doit être relativisée dans la mesure où les contrats de consommation, part appréciable des opérations économiques visées, sont déjà largement empreints de droit communautaire. L'on ne fera donc certainement pas l'économie d'un débat bien plus large sur l'opportunité de poursuivre le processus d'uniformisation et de rapprochement du droit des obligations. D'ailleurs, l'article 15 de la proposition de règlement prévoit une clause de revoyure.

L'ouverture d'un large débat (étendu éventuellement à la modification substantielle des traités³²) condamne-t-il le processus à l'échec ? Certes, évoquer l'uniformisation du droit des contrats amène inmanquablement des réactions sceptiques, voire de franche hostilité. Les juristes français – se seraient-ils par trop tenus à l'écart des différents groupes de travail ?³³ – ne retrouvent guère leurs repères dans les textes proposés, bien plus proches du modèle allemand. La défunte Constitution pour l'Europe atteste que la volonté de Bruxelles ne suffit pas à imposer un texte. Néanmoins, l'entreprise n'est pas nécessairement vouée à l'échec. De considérables défis sont à relever, mais il n'en a pas été différemment lors des grandes étapes scellant l'uniformisation du droit français, depuis l'ordonnance de Montilz-léz-Tours de 1453 jusqu'à l'achèvement du Code civil des Français par la loi du 30 ventôse an XII³⁴. Là encore, ce n'est qu'au prix d'une volonté politique forte et renouvelée que les réticences ont été surmontées ; en outre, il y a certainement un « moment » pour les codes³⁵.

30 Quant à son contenu substantiel, sans surprise, la proposition de règlement reprend largement les dispositions de la *feasibility study* (cf. *supra*), sans toutefois, et c'est heureux, répéter fastidieusement les dispositions pour les contrats B2B d'une part, et B2C d'autre part. La *feasibility study* elle-même empruntait beaucoup au *Draft common frame of reference* et à d'autres projets académiques.

31 Certes, l'article 14 de la proposition de règlement prévoit que chaque État-membre communique les décisions définitives de ses juridictions à la commission, laquelle est chargée d'organiser l'accès à ces décisions.

32 Sur cette question, W. VAN GERVEN, « A Common Law for Europe: the Future Meeting the Past? », *ERPL* 2001/4, p. 485.

33 O. LANDÖ, « La contribution française au droit européen du contrat », *RDC* 2009/2, p. 729 ; C. AUBERT DE VINCELLES, L. GRYNBAUM, J. ROCHFELD, « Où sont les Français ? ou l'urgence de la mobilisation européenne... », *D.* 2009, p. 737. *Adde* C. AUBERT DE VINCELLES, B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, J. ROCHFELD, « Doctrine française et cadre commun de référence : la politique de la chaise... pleine », *Dr. et Pat.* 2007, n° 165-33.

34 Cf. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil français*, 6^e Ed., LGDJ, 1911, T.1, n° 41 à 81.

35 F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, traduit et présenté par A. Dufour, PUF, Leviathan, 2006, p. 72. *Adde* K.P. BERGER, « The Principles of European Contract Law and the concept of the "Creeping Codification" of law », *ERPL* 2001/1, p. 21. R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé », *RTD civ.* 2007, p. 451.

À une échelle internationale toutefois, l'uniformisation du droit interne des obligations de plusieurs États est assez inédite³⁶. Il pourrait s'agir d'une sorte d'expérience cruciale pour la science juridique³⁷. Certes, les États-Unis connaissent des *Uniforms acts*, au premier rang desquels le *Uniform commercial code* de 1952 ; l'on concédera toutefois qu'une langue unique et la présence d'un État fédéral sont de nature à faciliter la convergence de systèmes juridiques différents³⁸. En regard, la différence des langues et styles en Europe apparaît comme une difficulté³⁹.

La perspective d'une uniformisation du droit européen des contrats apparaît pleine de défis. Cet ouvrage croise les regards de différents auteurs qui ont travaillé la question en conjuguant un véritable effort de recherche collectif par une circulation incessante des points de vue et des idées, et une autonomie totale dans la rédaction des contributions, qui doivent pour cette raison être perçues comme indépendantes les unes des autres. Les défis liés à la perspective d'un renouvellement du droit des contrats à une échelle transnationale se posent, ou se poseront, à toutes les organisations régionales qui se fixent comme but l'intégration des économies de plusieurs États. Si l'Europe peut faire figure de modèle, en ce que l'intégration des marchés y est forte, elle peut aussi trouver à s'inspirer des expériences étrangères. Les défis de la convergence des droits sont indéniablement partagés (Première partie). Une telle uniformisation des droits par-delà les frontières étant largement inédite, la méthode est l'objet d'un questionnement à part entière : le deuxième défi d'un droit européen des contrats est son mode de réalisation (Deuxième partie). Parce que sectorielle, la convergence des droits doit être bornée : le périmètre des matières et notions à inclure dans un instrument européen est à discuter particulièrement (Troisième partie). Enfin, si l'harmonisation ou l'uniformisation du droit européen ont été impulsées par la réflexion doctrinale, son achèvement, par un effet de retour, conduira à penser et enseigner différemment le droit des obligations ; ce défi n'est pas le moindre, tant est vrai qu'un droit qui ne serait pas un objet de recherches et d'enseignement n'aurait aucune chance de s'imposer (Quatrième partie).

36 Cf. les différentes contributions au *Symposium: The Challenge of Recodification Worldwide*, 83 *Tul. L. Rev.* (2009).

37 Cf. C. ATIAS, « L'expérimentation juridique : y a-t-il des expériences juridiques cruciales ? », *Théorie du droit et science*, P. Amssek (dir.), PUF, Collection Leviathan, p. 129.

38 A. MILLS, « Federalism in the European Union and the United States: subsidiarity, private law, and the conflict of laws », 32 *U. Pa. J. Int'l L.* 369 (2010).

39 Voyez le constat tout en nuance de O. LANDÖ, « Which contract law for Europe and for the World ? », *RDC* 2009, p. 708, spec. p. 773. La coexistence de pays de tradition romano-germanique et de Common Law ne semble pas être un obstacle rédhibitoire, l'enclave dite de « *common law* » serait un miroir inversé à celles de « *civil law* » en Louisiane, au Québec, dans une certaine mesure en Écosse, et, dans le passé, à Pondichéry. L'Europe trouverait des vertus aux études transsystémiques, sur lesquelles cf. J.-G. BELLEY, « Le programme d'enseignement transsystémique du droit à l'Université McGill », *Jurisprudence Revue critique* 2010, p. 93.

PREMIÈRE PARTIE : DES DÉFIS PARTAGÉS

L'HARMONISATION DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE : LE DROIT OHADA¹

OLIVIER GOUT

L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) est une organisation internationale qui vise l'intégration juridique au sein du continent africain. Son but est d'assurer la sécurité juridique des activités économiques, de restaurer la confiance des investisseurs et de faciliter les échanges entre les États parties².

Origine. L'idée d'un rapprochement entre les États Africains remonte au lendemain de leur indépendance ; dès cette période ils ont perçu que la construction d'une solidarité interétatique était un préalable au développement économique. L'existence d'une pluralité de systèmes juridiques nationaux constituait un véritable obstacle à la libre circulation tant dans le cadre du marché intérieur du continent que de celui de ses échanges avec l'extérieur. Qui plus est, cette diversité superficielle entre les différents pays contrastait avec un fonds législatif commun, les législations d'origines étant héritées de la période coloniale si bien que le Code civil français et le Code de commerce de 1807 en constituaient les bases³. Ce constat a ainsi amené les Chefs d'États de la zone Franc⁴ à œuvrer pour améliorer l'existant.

Les premiers travaux consacrés à la recherche d'une voie pour l'intégration juridique en Afrique datent des années 1960⁵. Les dirigeants des pays Africains se sont concrètement saisis du dossier en mettant en place l'Union Africaine et Malgache (UAM) dissoute en 1964 et remplacée deux ans plus tard par l'Organisation Commune Africaine et Malgache (OCAM). L'UAM et L'OCAM sont à l'origine du Bureau Africain et Malgache de Recherche et d'Études

1 On signalera au lecteur qu'en se connectant au site www.ohada.com et en s'y inscrivant il est possible d'avoir accès à de nombreuses références jurisprudentielles AINSI qu'à de multiples articles de doctrine qui portent sur l'ensemble des thèmes touchant à l'OHADA, ce qui est extrêmement précieux pour le chercheur.

2 Parmi les nombreuses études consacrées à l'intégration économique et juridique en Afrique, v. par ex. D. BACH (dir.), *Régionalisation, mondialisation et fragmentation en Afrique subsaharienne*, éd. Karthala, 1999.

3 Ph. TIGER, *Le droit des affaires en Afrique*, PUF, coll. Que sais-je, 1999.

4 La zone Franc constitue un espace monétaire et économique. Après l'accession à l'indépendance, la plupart des nouveaux États ont choisi de rester dans un ensemble monétaire homogène. Leurs devises sont des contre-valeurs à parité fixe avec l'euro.

5 V. par ex. sur la question, M'BAYE KÉBA, « L'unification juridique », *RSD* 1971, p. 65 et s.

Législatives (BAMREL) dont la mission était d'élaborer des lois uniformes qui, une fois adoptées, s'appliqueraient de manière identique dans tous les états membres.

Mais c'est surtout au début des années 1990 que la volonté de rapprocher les législations dans le domaine du droit économique a pris une acuité particulière. Nombreux sont ainsi les traités qui ont été élaborés en ce sens⁶, mais ils avaient essentiellement un caractère sectoriel. Le passage à une intégration générale du droit des affaires est le fait du droit OHADA.

Le traité créant cette organisation a été signé le 19 octobre 1993 à Port Louis (Île Maurice), après seulement deux années de préparation⁷. L'idée d'étudier la faisabilité de ce système avait en effet été lancée à Paris en octobre 1991 à l'occasion de la réunion des ministres de la zone Franc. Les États parties au traité sont aujourd'hui en nombre de 16⁸, la plupart d'entre eux étant d'anciennes colonies Françaises⁹. Un dix septième a annoncé officiellement son adhésion en février 2004 et la procédure est en cours de matérialisation¹⁰. L'Organisation est ouverte à tout État, membre ou non de l'Union Africaine (UA), qui voudrait y adhérer. Nombreux sont aujourd'hui les États africains qui manifestent un intérêt croissant pour ce processus d'unification juridique et économique.

Les institutions de l'OHADA¹¹ – Dans un premier titre de dispositions générales, le traité détermine tout d'abord ses objectifs essentiels : harmoniser le droit des affaires par l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées aux économies concernées, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels.

Cette organisation fonctionne grâce à quatre organes à savoir, le Conseil des ministres (CM), le secrétariat permanent¹² (SP), la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) et l'école régionale supérieure de magistrature (ERSM).

Le Conseil des ministres est composé des ministres chargés de la justice et des ministres chargés des finances, soit deux représentants par État partie. La présidence est exercée à tour de rôle par chaque État partie pour une durée d'un an, dans l'ordre alphabétique. Il constitue l'organe suprême de décision de l'Organisation. Sa fonction est en effet normative : il prend des règlements pour

6 On citera par exemple la C.I.M.A. (conférence interafricaine des marchés d'assurance), traité signé à Yaoundé, créant une organisation intégrée de l'industrie des assurances et instituant une réglementation unique des entreprises et des opérations d'assurances. On citera encore l'UEMOA (Union économique et Monétaire Ouest Afrique) dont le traité signé le 10 janvier 1994 transforme l'ancienne UMOA en union économique et monétaire basée sur la libre circulation des personnes des biens et des capitaux avec un important volet d'harmonisation des législations.

7 Sur l'historique de l'OHADA, v. M. KIRSCH, *Historique de l'OHADA*, Penant, 1988.

8 Le Bénin, le Burkina-Faso, le Cameroun, le Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée-Équatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

9 Seules dérogent à ce constat la Guinée Bissau et la Guinée équatoriale.

10 Il s'agit de la république démocratique du Congo.

11 Sur la question, voir G. NGOUMTSA ANOU, « Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires – présentation générale », *Jurisque droit international*, fasc 170, 2010.

12 Il est situé à Yaoundé au Cameroun.

l'application du Traité, adopte les Actes uniformes et approuve le programme annuel d'harmonisation.

Le secrétariat permanent est dirigé par le secrétaire permanent qui assiste le Conseil des ministres dont il est en quelque sorte l'organe exécutif. Il remplit des fonctions variées telles que la proposition au Conseil des ministres du programme annuel d'harmonisation (art. 11), la préparation des Actes uniformes en concertation avec les États parties (art. 6) ou la gestion du journal officiel OHADA.

La Cour commune de justice et d'arbitrage est composée de 7 juges élus pour 7 ans, renouvelables une fois¹³. Il doit s'agir de magistrats, d'avocats ou de professeurs de droit expérimentés. La Cour ne peut comprendre plus d'un ressortissant du même État. Elle assure dans les États parties l'interprétation et l'application commune du traité, des règlements pris pour son application et des Actes uniformes.

Quant à l'école régionale supérieure de la magistrature, qui se situe à Porto-Novo au Bénin, elle est rattachée au secrétariat général permanent. Elle concourt à la formation initiale et au perfectionnement des magistrats et des auxiliaires de justice des États-parties.

Périmètre des matières traitées par l'OHADA - Le traité de Port-Louis a précisé la liste non exhaustive des matières incluses dans le domaine OHADA. L'article 2 de ce traité dispose qu'entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports. Il apparaît ainsi que le domaine actuel de l'OHADA ne couvre par l'ensemble de ce que l'on appelle « le droit des affaires » : manquent par exemple à l'appel les instruments de paiement ou le droit pénal des affaires.

Mais il importe de noter que cette liste n'est pas limitative car l'article 2 du traité précise que le Conseil des ministres peut décider, à l'unanimité, d'y inclure d'autres matières.

Les finalités de l'OHADA : harmonisation ou unification du droit ? - Comme cela a été relevé à de nombreuses reprises, le terme d'harmonisation est sans doute trompeur¹⁴. L'harmonisation consiste en effet à rapprocher des systèmes juridiques d'origine et d'inspiration différentes pour les mettre en cohérence entre eux. Or, selon les termes de l'article 10 du Traité, les Actes uniformes sont, « *directement applicables et obligatoires dans les États parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieure et postérieure* ». Le Traité OHADA consacre ainsi plutôt la technique de l'unification ou de l'uniformisation qui est une forme plus brutale et plus radicale d'intégration juridique consistant à « instaurer dans une matière juridique donnée, une réglementation unique en tout point pour tous les États membres, dans laquelle il n'y a pas de place, en principe,

13 Son siège est à Abidjan en Côte d'Ivoire.

14 M. KONÉ, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA : comparaison avec le droit français*, préface de B. Saintourens, LGDJ 2003, spéc. n° 4

pour des divergences¹⁵. Cette confusion tient sans doute, ainsi qu'on a pu l'écrire, à la jeunesse de la discipline de l'intégration juridique dont les termes ne sont pas encore fixés avec suffisamment de netteté¹⁶.

En tout état de cause le choix de la technique d'uniformisation semble justifié. D'abord parce qu'il est admis que les États membres ne présentent pas de diversités culturelles, économiques et juridiques majeures. Ensuite parce que, en plus d'éviter les problèmes liés à l'interprétation des directives communautaires, cela permet de faire l'économie des procédures d'introduction dans les législations nationales.

Unification juridique - Elle repose, ainsi qu'on l'a compris, sur les Actes uniformes. L'article 5 du traité définit l'Acte Uniforme comme l'acte pris pour l'adoption des règles communes. Conformément à l'article 10 du Traité, ces actes sont directement applicables et obligatoires nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieure et postérieure. Aucune procédure interne n'est donc requise pour assurer l'intégration des normes résultant d'un Acte uniforme qui priment les normes internes¹⁷. La Cour commune de justice et d'arbitrage a d'ailleurs eu l'occasion de dire expressément que l'entrée en vigueur d'un Acte uniforme entraînait l'abrogation des dispositions nationales contraires ou identiques à celles des Actes uniformes en affirmant à la fois la portée supranationale et abrogatoire de l'article 10¹⁸. Des auteurs, sans en contester les bienfaits, ont toutefois nié l'évidence de ces solutions, en particulier l'idée que l'article 10 fonderait la supranationalité du traité¹⁹.

On ajoutera que malgré le caractère supralégislatif du droit OHADA, les Actes uniformes peuvent prévoir des dispositions expressément supplétives, c'est-à-dire qui proposent une solution de droit supranational applicable en l'absence d'une disposition nationale différente²⁰. Les Actes uniformes peuvent également concéder des dérogations spéciales et laisser perdurer au sein des États membres certaines législations spécifiques²¹.

Unification judiciaire - Elle tient, ainsi qu'on l'a compris, à l'existence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Cette juridiction doit notamment assurer l'interprétation uniforme du traité, des actes uniformes et des règlements

15 Sur ces questions, J. ISSA-SAYEG, *L'intégration juridique des États africains dans la Zone Franc*, Prenant, 1997, 2^e partie, n° 284 et s.

16 M. KONÉ, *ibid*, n° 4.

17 Sur la question, v. D. ABARCHI, « La supranationalité dans l'OHADA », *Revue burkinabée de droit*, 2000, n° 37, p. 9 et s.

18 Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001 : RDAI/IBLJ, n° 6, 2001, p. 756. V. ég. Arrêt n° 002/2001 du 11 octobre 2001 : www.ohada.com

19 V. par ex. P. DIÉDHILOU, « L'article 10 du traité OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale ? », *Revue de droit uniforme*, 2007-2, p. 265. Ou www.ohada.com, rubrique Doctrine.

20 Ainsi le cautionnement est-il réputé solidaire par l'article 10 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, qui précise immédiatement que ce cautionnement peut être simple lorsqu'il en est décidé, expressément par la loi de chaque État partie.

21 On prendra ici l'exemple de l'article 916 de l'Acte relatif au droit des sociétés qui n'abroge pas les dispositions législatives auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier. Il s'agit, dans l'esprit du législateur d'activités habituellement soumises à une législation spécifique, telles que les banques, assurances... : en ce sens, PH. TIGER, *op. cit.*, p. 48.

et dispose pour ce faire à la fois d'une compétence contentieuse et d'une compétence consultative.

Elle jouit d'abord d'une compétence consultative. Chaque État ou le Conseil des ministres peut ainsi consulter la Cour dès lors qu'une question se pose quant à l'interprétation et à l'application du traité ainsi que des règlements pris pour son application et des actes uniformes. Les juridictions nationales de première instance et d'appel disposent de la même faculté.

Elle jouit ensuite d'une fonction contentieuse. À ce titre elle présente les caractéristiques d'une Cour de cassation commune aux États-membres, avec la particularité de statuer sur le fond sans renvoi. Elle peut être saisie par voie de recours en cassation contre les arrêts et jugements. L'article 16 du traité précise que « la saisine de la Cour commune de justice et d'arbitrage suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction de cassation nationale contre la décision attaquée. Une telle procédure ne peut reprendre qu'après l'arrêt de la Cour commune de justice et d'arbitrage se déclarant incompétente pour connaître de l'affaire. On précisera encore que les arrêts de la Cour commune de justice et d'arbitrage ont autorité de la chose jugée et force exécutoire dans les États parties.

Pour promouvoir la bonne application du droit OHADA il importe de noter par ailleurs que l'École régionale supérieure de magistrature renforce les capacités du personnel judiciaire ressortissant des États membres, en vue d'une application efficace et uniforme du droit OHADA.

Dynamisme de l'OHADA - Il est frappant de constater que depuis sa création, l'OHADA n'a eu de cesse d'aller de l'avant. Pas moins de neuf Actes uniformes sont déjà entrés en vigueur : il s'agit des Actes uniformes relatifs au droit commercial général, au droit des sociétés commerciales et GIE, à l'organisation des sûretés, à l'organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, à l'organisation des procédures collectives d'apurement du passif, au droit de l'arbitrage, à l'organisation et l'harmonisation des comptabilités des entreprises, aux contrats de transport de marchandise par route et aux sociétés coopératives, le dernier né²².

L'OHADA apparaît ainsi comme un merveilleux instrument juridique, qui a mis en place une réglementation dans la plus grande partie des domaines de la vie des affaires. Les manifestations destinées à promouvoir cette organisation, les colloques ayant pour finalité de dresser des bilans de l'existant ou à réfléchir sur les futurs Actes uniformes se comptent par dizaines. Fort de ce succès, le Conseil des ministres de l'OHADA a d'ailleurs, par décision du 23 mars 2001, étendu le domaine de l'harmonisation à de nouvelles matières, telles que le droit de la concurrence, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats et le droit de la preuve.

Difficultés rencontrées - Il ne faudrait pas en déduire pour autant qu'aucun regard critique n'est porté quant à cette organisation et que le traité ou les Actes uniformes sont entrés en application sans aucune difficulté.

22 Il a été adopté le 15 décembre 2010 à Lomé et est publié au JO OHADA n° 23 du 15 février 2011.

À plusieurs reprises ainsi, des juridictions nationales sont entrées en conflit avec « le système OHADA » ou les interprétations livrées par la Cour commune de justice et d'arbitrage. Ainsi, la Cour suprême du Niger a-t-elle pu considérer que la compétence de la Cour commune de justice et d'arbitrage n'était pas exclusive de celle des juridictions nationales de cassation qui resteraient compétentes au moins lorsque le pourvoi n'est pas exclusivement fondé sur les Actes uniformes²³. Par ailleurs, la Cour suprême congolaise a pu juger que les articles 13, 14, 15, 16 et 20 du traité étaient non conformes à l'Acte fondamental congolais du 24 octobre 1997 (art. 71 et 72) en ce qu'ils tendent à ôter à la Cour suprême notamment, plus haute juridiction nationale, une partie de ses compétences naturelles en matière de cassation, de même qu'elles tendent à retirer aux juridictions nationales la fonction d'exequatur²⁴.

Défis à relever pour l'avenir - À cela on ajoutera que, dans les années à venir, de nouvelles difficultés à surmonter naîtront sans doute. Elles ne sont à vrai dire que la rançon de la gloire de cette organisation et on peut, nous semble-t-il, en dénombrer trois : l'intégration de nouveaux états, l'utilisation de nouvelles langues et l'extension des matières concernées par le traité.

Le premier défi à relever tient à **l'intégration de nouveaux États**. L'adhésion de nouveaux États paraît inéluctable du fait d'abord de l'ambition continentale de l'OHADA qui s'ouvre à tous les États Africains²⁵. Il y a ensuite et surtout, le succès de l'organisation qui a surpris. Les septiques d'hier risquent d'être de farouches partisans du communautarisme demain. Pour l'heure, le système OHADA est apparenté à la tradition civiliste. L'unité et la cohérence du système s'expliquent en partie par l'homogénéité de la culture juridique ambiante puisque pas moins de quatorze États appartiennent à la branche française du droit romano-germanique, à côté d'une minorité de pays représentant les branches espagnoles et portugaises. La présence de deux provinces anglophones camerounaises pratiquant la Common Law ne semble pas pour l'heure entamer l'identité du droit OHADA puisque ni le traité ni les actes dérivés ne comportent de dispositions destinées à prendre en compte la spécificité coutumière de ces provinces²⁶. On l'aura compris, l'identité civiliste du droit OHADA n'est pas le résultat d'un choix arbitraire des États parties au Traité, mais le témoignage de l'histoire et de la réalité socioculturelle des pays concernés²⁷. La question se pose pourtant de savoir si cette situation peut

23 Arrêt du 16 août 2001 n°01-158/C : www.ohada.com/jurisprudence.

24 Cour suprême du Congo, Avis n° 037/CS/98 DU 1^{er} octobre 1998, Penant 2002, n° 838, p. 116, note Moudoudou. V. également B. BOUMAKANI, *La constitution congolaise et le traité relatif à l'OHADA*, Penant 2001, n° 836.

25 On sait aussi que l'article 53 du Traité prévoit qu'il demeure ouvert à l'adhésion de tout État membre de l'OUA. Il est également ouvert à tout État non-membre de l'OUA invité à y adhérer à l'unanimité des États parties.

26 Sur l'ensemble de la question v. F. DAHO, « Quelques éléments de réflexion sur la diffusion du droit uniforme de l'OHADA dans un contexte de multilinguisme et dans une perspective bi juridique », www.ohada.com : doctrine

27 *Ibid.*

perdurer. Il a ainsi déjà été relevé que l'accueil d'autres pays comme le Nigeria ou des pays arabes conduira à des difficultés inédites pour l'organisation.

Le deuxième défi tiendra à **la diversification des langues utilisées**. Le Traité de Port-Louis a pris le parti de ne retenir que la langue française et ce à travers deux dispositions : l'article 42 d'abord, qui dispose que le français est la langue de travail de l'OHADA et l'article 63 ensuite qui ajoute que le présent traité, rédigé en deux exemplaires en langue française, sera déposé dans les archives du gouvernement de la République du Sénégal. Le traité s'est donc enfermé dans un monolinguisme officiel. Pour autant, dès la création de l'OHADA les États du traité se partageaient entre trois langues, le français, l'anglais et l'espagnol. Depuis, l'adhésion au traité de la Guinée Bissau, le portugais s'y est ajouté. C'est ainsi que l'on indique aujourd'hui que, à l'occasion de la révision du traité OHADA, les langues de travail seront désormais le français, l'anglais l'espagnol et le portugais. Du multilinguisme naîtront sans doute des difficultés inédites jusqu'alors dans l'organisation OHADA. La langue n'est pas seulement un sujet sensible sur le plan des symboles. La diversité des langues utilisées s'accompagne aussi de difficultés plus techniques liées à la compréhension des règles du fait des inévitables approximations consécutives à toute œuvre de traduction²⁸.

Le troisième défi tient à **la diversification des matières** entrant dans le champ du Traité OHADA. On a déjà relevé que Conseil des ministres de l'OHADA avait dès 2001 étendu le domaine de l'harmonisation à de nouvelles matières devant aboutir à l'élaboration de nouveaux Actes uniformes. Or cette multiplication des Actes uniformes n'est pas sans interroger et ne manquera pas d'interroger quant à leur coordination les uns avec les autres²⁹. Mais pour conclure on adhérera aux observations d'un auteur formulées à propos du projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats³⁰ :

*l'OHADA se trouve aujourd'hui à la croisée des chemins. Fortifier ses acquis... et donc s'endormir un peu, ou bien poursuivre sa marche en avant en offrant notamment demain aux États qui lui font confiance un bel Acte Uniforme en droit contractuel général... Si elle sait, une nouvelle fois faire preuve d'audace, l'Afrique peut devenir, en droit des contrats, une référence universelle et concentrer tous les regards, bref être un modèle juridique...*³¹

28 *Ibid*

29 V. par ex. sur cette question dans le domaine particulier du droit des contrats : G. KENFACK DOUJANI, « La coordination de l'avant – projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec les autres Actes uniformes de l'OHADA », www.ohada.com : doctrine.

30 À propos de ce projet d'Acte uniforme en droit des contrats : Colloque de Ouagadougou du 15 au 17 novembre 2008 relatif à l'harmonisation du droit OHADA des contrats dont les actes ont été publiés à la Revue de droit uniforme.

31 J. MESTRE, « Dans la tempête un nouveau souffle », *RLDC*, décembre 2008, p. 3

INITIATIVES D'HARMONISATION RÉGIONALE DU DROIT DE LA CONSOMMATION : LES EXEMPLES DU MERCOSUR ET DE L'OEA

BIBIANA GRAEFF
WELLERSON M. PEREIRA

Dans une économie globalisée, pour autant que le droit interne soit efficace et protecteur, il ne suffit pas, à lui seul, à assurer l'équilibre des contrats de consommation, souvent marqués par des éléments d'extranéité. En outre, les initiatives d'intégration régionale visant à la libre circulation de personnes, de services et de capitaux, ne peuvent être sans influence sur les droits internes de protection du consommateur, ne serait-ce qu'afin d'assurer le bon fonctionnement du marché. Les écarts entre les législations sont en effet susceptibles de créer des injustices et des déséquilibres aussi bien pour le consommateur, qu'à l'égard des professionnels et des travailleurs (*forum shopping*, *dumping*, délocalisations...). Le droit de la consommation connaît ainsi, à l'instar d'autres branches juridiques, des tentatives d'harmonisation, voire d'unification, que ce soit dans un cadre sous-régional, ou dans un cadre plus élargi. Si, toutefois, les institutions codificatrices de droit international privé à vocation universelle, telles que l'UNIDROIT, l'UNCITRAL et la Conférence de la Haye ne tendent pas à consacrer leurs travaux au droit de la consommation, des organisations régionales aux finalités distinctes ont déjà engagé des efforts en ce sens. Tel est le cas, dans les Amériques, du Marché commun du Sud (Mercosur) et de l'Organisation des États Américains (l'OEA), dont nous tenterons de présenter les initiatives à partir d'une analyse critique et comparée.

L'Amérique Latine est reconnue par son ancienne et large tradition codificatrice en droit international privé, notamment par les neuf Traités de Montevideo de 1888-1989, le Code Bustamante de 1929 et les Conférences interaméricaines de droit international privé (CIDIPs), organisées au sein de l'OEA depuis 1975. Ces dernières ont sans doute été décisives pour la modernisation du droit international privé des États latino-américains¹. La région se caractérise également par de nombreuses expériences d'intégration économique régionale², qui

1 V. D. ARROYO, « Razones y condiciones para la continuidad de la CIDIP. Reflexiones de cara a la CIDIP VII », *El futuro de la codificación del Derecho Internacional Privado en América. De la CIDIP a la DICIP VII*, D. Arroyo, F. Mastrágelo (dir.), Córdoba: Alveroni Ediciones, 2005.

2 Un idéal d'union panaméricaine existe depuis 1826, lorsque le Congrès du Panamá avait adopté un Traité d'Union entre les États des Amériques; ce mouvement avait toutefois été affaibli

conduisent elles aussi à une certaine uniformisation du droit, même si aucune des initiatives mises en place ne vise à un approfondissement tel que celui de l'Union européenne. En matière de droit de la consommation, les efforts de codification menés par cette dernière demeurent sans doute les plus connus et développés³, tant pour les règles conflictuelles, que pour celles matérielles⁴.

L'approximation ou l'harmonisation du droit dans le cadre d'un espace régional intégré présente certains avantages. Lorsque les habitants dudit espace peuvent jouir d'une mobilité élargie – la liberté d'établissement ou d'entreprise en étant des conséquences – c'est l'économie qui profite d'une approximation des droits nationaux. Les échanges sont nettement favorisés par l'assurance d'une application homogène du droit ; les consommateurs sont censés tirer les meilleures conséquences d'une concurrence accrue au sein du marché. La science du droit gagne aussi en cohérence, enrichie par les apports des différents systèmes où l'on puise les institutions et règles harmonisées. Dans une telle perspective, la codification apparaît comme l'aboutissement le plus élaboré. Elle réunit à la fois les atouts d'accomplir l'effort d'approximation des droits étrangers et de garantir une organisation logique des règles qui viennent composer le nouveau système harmonisé.

De tels efforts ne présentent pourtant pas que des avantages et ne se font certainement pas sans peine. L'approximation ou l'harmonisation du droit ne se réalisent pas par simple ajout des institutions prévues dans chaque ordre juridique national. Outre l'écueil de la diversité culturelle qu'offrent les différents systèmes harmonisables, des obstacles d'ordre politique surtout peuvent s'y interposer. L'herbe du voisin n'apparaît pas aussi verte que d'habitude et l'on est souvent tenté de faire prévaloir les institutions juridiques que la tradition a promues chez soi avec beaucoup de vigueur. Le choix du domaine harmonisable peut aussi donner le ton au débat politique. En droit civil les querelles proviennent le plus souvent d'un certain chauvinisme dont font preuve les juristes nationaux. En droit économique, plus l'intégration tend à restreindre la liberté au sein du marché, plus le débat sera animé par les représentants des parties intéressées auprès des instances harmonisatrices.

par le manque d'adhésion de pays comme le Brésil et les États-Unis, ainsi que par la pression de certains pays européens. À l'heure actuelle, les Amériques apparaissent comme la région qui connaît le plus grand nombre d'initiatives d'intégration économique régionale ou sous-régionale. V. J. SCHMIED, « Cenários da integração regional: os desafios da União de Nações Sul-americanas (UNASUL) o novo caminho da integração na America do Sul », *Cadernos Adenauer* VIII, n° 1, 2007.

3 C. L. MARQUES, « A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado- Da necessidade de uma convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo ». *RT*, v.788, p. 11-56, jun. 2001.

4 Voir la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 8 octobre 2008 relative aux droits des consommateurs, dont une version assez réduite a été adoptée par la résolution législative en date du 23 juin 2011. Pour une vision critique sur la proposition de directive dite d'« harmonisation maximale » de 2008. G. PAISANT, « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs », *JCP*, 2009, I, 118.

À tous ces égards, l'expérience de la codification du droit de la consommation au sein du Mercosur⁵ constitue un bon exemple des enjeux auxquels peut être soumise une aventure d'intégration économique régionale. Elle a révélé les contraintes politiques auxquelles une telle tentative peut être confrontée, notamment lorsque la participation des justiciables, les plus directement concernés, fait défaut. Par ailleurs, le blindage d'un système contre les attaques provenant de l'extérieur ne saurait prévenir les risques de dysfonctionnements internes, si les conditions structurelles de sa perpétuation n'étaient posées. Plus précisément, l'entreprise harmonisatrice survivrait difficilement à l'usure du temps sans l'assurance d'une interprétation homogène des règles harmonisées⁶.

Enfin, malgré ces difficultés qui peuvent résulter d'un défaut de stratégie, qu'elle soit politique ou législative, l'expérience de l'harmonisation du droit de la consommation au Mercosur présente une vertu certaine: elle conduit à la réflexion sur l'opportunité de la méthode employée. D'autres voies apparaissent, moins ambitieuses peut-être, mais plus susceptibles de concentrer les efforts d'approximation sur des domaines sensibles au sein d'un espace économique en quête d'intégration. Le mouvement mené en vue de l'adoption d'une convention américaine sur les conflits de lois de protection des consommateurs dans les Amériques (CIDIP - VII) en est un exemple récent. Bien qu'on doive reconnaître que l'entreprise n'est pas dénuée de difficultés d'ordre politique, la méthode est mise en valeur, tant dans son aspect procédural que matériel car, ici, la finalité à réaliser que porte la norme juridique prime sur l'objectif de pure harmonisation du droit.

I – La codification de règles matérielles dans le cadre du MERCOSUR: une tentative avortée

L'article 1^{er} du traité d'Asunción a établi l'obligation des États membres du Mercosur de procéder à une progressive harmonisation des législations nationales dans des «domaines pertinents»⁷. Un abondant ensemble de textes normatifs

5 Le Mercosur a été institué en 1991 par le Traité d'Assunción du 26 mars 1991, son organisation institutionnelle étant régie par le Protocole d'Ouro Preto du 17 décembre 1994. Il est originellement composé par l'Argentine, le Brésil, le Paraguay, l'Uruguay. Un protocole adopté en 2006 prévoyait l'entrée du Venezuela en tant que pays membre, à condition d'une approbation législative interne par chacun des quatre autres pays. À ce jour, le Paraguay ne l'a toujours pas fait. Les États associés du bloc sont: le Chili (1996), la Bolivie (1996), le Pérou (2003), l'Équateur et la Colombie (2004).

6 Le meilleur exemple semble en être l'adoption du Code de Napoléon en France et (d'un code civil) en Belgique, dont les règles, bien qu'identiques, auraient fait l'objet d'interprétations nettement divergentes en raison de la souveraineté des juges nationaux.

7 Art. 16 du Traité d'Asunción, du 26 mars 1991 et chapitre IV du Protocole d'Ouro Preto, du 17 déc. 1994. On notera cependant qu'à l'heure actuelle, les principales décisions prises par les instances du Mercosur n'acquiescent force obligatoire dans les pays membres que si les autorités nationales décident de les ratifier. Ce système produit des dysfonctionnements normatifs au sein de l'espace intégré. Il se peut, par exemple, que l'application des règles issues du processus d'intégration régionale se trouve bloquée dans le territoire d'un État membre, alors même que ces normes seraient en vigueur dans celui d'un autre. Cf. O. AUGUSTO D. C. TRINDADE, «A incorporação das normas do

a déjà été produit et des transactions commerciales s'y développent de façon croissante. Le premier essai de codification du droit au sein du Mercosul s'est produit dans le domaine de la protection des consommateurs (A). Cette tentative qui était défavorable au consommateur brésilien a pourtant échoué, et même si elle avait été adoptée, le tribunal chargé de l'uniformisation de l'interprétation du droit de l'intégration n'aurait pas eu les pouvoirs nécessaires à assurer une effective application harmonisée du droit (B).

A) L'effort de codification du droit de la consommation

En 1994, une résolution du Groupe Marché Commun (GMC)⁸ a prévu l'élaboration d'un règlement, envisagé comme un code ou une loi-cadre, contenant des règles de protection du consommateur dans des domaines divers. Le mécanisme pour l'intégration des règles issues du Mercosul en droit interne consiste en la ratification de celles-ci par chaque État-membre, même procédure adoptée pour les traités internationaux en général. Par conséquent, l'approbation du règlement aboutirait, sous prétexte d'harmonisation des législations nationales, à une véritable unification du droit des États-membres en la matière.

Jusqu'alors, ni le Paraguay ni l'Uruguay ne disposaient de règles de protection des consommateurs. Au Brésil, un code était déjà en vigueur depuis 1991⁹. La méthode employée par l'organe chargé de l'élaboration du règlement¹⁰ a alors consisté en l'adoption d'un cadre minimal de règles de protection, ce qui a été perçu comme un abaissement important du niveau de protection juridique des consommateurs brésiliens. Face au risque d'un nivellement *a minima* de la protection des consommateurs dans l'espace harmonisé, les organisations protectrices des consommateurs au Brésil ont réagi.

Un vaste mouvement associatif a alors rassemblé des militants consommateurs brésiliens, en vue de présenter au Ministre de la Justice les raisons justifiant la nécessité d'un rejet dudit règlement. Lors de la XXV^e réunion de la Commission de commerce du Mercosul réalisée les 9 et 10 décembre 1997 (doc. n° 7/97), les représentants brésiliens ont affirmé que l'opinion publique nationale les empêchait de donner leur accord à l'approbation du règlement par le Groupe Marché Commun¹¹. Ainsi la tentative de codification du droit de la consommation au

Mercosul ao direito brasileiro e a segurança jurídica regional», Carlos Alberto M. Direito, Antônio Augusto C. Trindade, Antônio Celso, A. Pereira (dir.), *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2008.

8 Rés. n° 126 du Groupe Marché Commun (GMC) du 16 déc. 1994. Au-delà du GMC, le Mercosul compte avec deux autres organes de décision : le Conseil Marché Commun (CMC) et la Commission de Commerce du Mercosul (CCM).

9 Loi n° 8.078 du 11 sept. 1990.

10 Sa rédaction a été réalisée par le Comité Technique n° 7 du Mercosul pour la protection des consommateurs, organe subordonné à la CCM. Le règlement devrait être soumis postérieurement à l'approbation du GMC.

11 V. C. LIMA MARQUES, «Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul – Primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor», *Rev. dr. cons.*, RT, n° 23-24, juill.-déc. 1997, p. 80 ; «Mercosul como legislador em matéria de direito do

sein du Mercosur a échoué. On peut penser que le moindre vent démocratique qui aurait pu souffler sur les rouages politiques de l'intégration régionale aurait pu éviter cet échec. En réalité, quand bien même ces obstacles auraient été vaincus, l'efficacité du système demanderait que l'interprétation des règles harmonisées soit assurée par un organe supranational. Cela aurait pu être réalisé par la création d'une véritable cour de justice du Mercosur.

B) Les bonnes intentions d'un tribunal en quête de pouvoir d'imperium

Depuis la signature du Protocole d'Olivos, du 18 février 2002¹², un Tribunal Permanent de Révision (TPR) a été créé. Sa mission est d'assurer la cohérence de l'interprétation, de l'application et de l'exécution de l'ensemble normatif du Marché Commun¹³. Cet organe agit soit par le biais de la révision des décisions arbitrales émises par les tribunaux *ad hoc*, soit par voie des « avis consultatifs » sur des questions préjudicielles posées par les États membres¹⁴.

Dans son premier avis de ce type, rendu le 3 avril 2007¹⁵, il a fait preuve d'une sensibilité particulière quant à la nécessité de protection des consommateurs qui s'engagent avec des professionnels étrangers, alors même que les circonstances de l'espèce ne l'y invitaient pas nécessairement. Les membres du Tribunal¹⁶ ont refusé la qualité de consommateur à une entreprise paraguayenne, en réalisant une interprétation finaliste du droit de l'intégration, selon laquelle le consommateur serait « seulement celui qui achète un produit pour un usage personnel ou familial »¹⁷.

consumidor – crítica ao projeto de protocolo de defesa do consumidor», *Rev. dr. cons.*, RT, n° 26, avr.-juin 1998, p. 53 ; « Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse », *Rev. dr. cons.*, RT, n° 32, oct.-déc. 1999, p. 16. Voir aussi la *rev. dr. cons.*, RT, n° 23-24, juill.-déc. 1997, p. 532.

12 La composition et le fonctionnement du TPR sont régis par les arts. 18 et s. du Protocole d'Olivos du 18 févr. 2002.

13 Considérant n° 3 du Protocole d'Olivos. Il l'exerce à la lumière des principes et des règles de droit international applicables aux différents cas d'espèce (art. 34, par. 1, du même Protocole).

14 Art. 3 du Protocole d'Olivos.

15 Opinión Consultiva n°01/2007 du 3 avr. 2007, n° III, F, 3.

16 Le Protocole d'Olivos (art. 18) prévoit que le Tribunal est composé de cinq arbitres, indiqués par les États-membres du Mercosur pour un mandat de deux ans renouvelable au maximum deux fois (art. 18 du Protocole d'Olivos). Même si le texte adopte la dénomination d'« arbitres », les compétences dudit Tribunal extrapolent celles d'un simple tribunal d'arbitrage.

17 Dans un contrat international de vente de marchandises conclu entre deux entreprises, l'une argentine, l'autre paraguayenne, cette dernière invoquait devant une juridiction de son pays la qualité de consommateur pour demander l'application des règles du Protocole de Santa Maria. Elle prétendait faire reconnaître la compétence de la juridiction d'Asunción, alors que le contrat prévoyait la compétence de celle de Buenos Aires. L'entreprise argentine demandait, à son tour, l'application des règles du Protocole de Buenos Aires du 5 août 1994, sur « la juridiction internationale en matière contractuelle », qui permettent aux parties de choisir librement la juridiction compétente. L'art. 2, al. VI, de ce Protocole exclut expressément de son champ d'application les contrats conclus avec des consommateurs. La question est alors renvoyée au TPR par le juge paraguayen. Le Tribunal refuse la qualité de consommateur à l'entreprise paraguayenne, mais il va bien au-delà du simple rejet des arguments paraguayens. La décision affirme, en résumé, que dans les contrats passés avec des consommateurs, « on ne peut pas appliquer la règle de libre choix par les parties, non seulement du

Pourtant, ici encore, la cohérence du système est mise en doute lorsque le législateur du bloc d'intégration n'observe pas la leçon d'Ihering : la balance sans l'épée serait l'impuissance du droit. Or, les « avis consultatifs » rendus par le TPR dans le cadre de sa mission d'uniformisation interprétative, à la différence des renvois préjudiciels de la Cour de Justice de l'Union européenne, ne sont pas obligatoires pour les juges nationaux¹⁸. Certes, les membres du TPR se montrent clairement réfractaires à ce mécanisme, tel qu'adopté dans le cadre du Mercosur. S'inspirant des décisions de la CJCE, ils affirment que « contrairement aux traités internationaux ordinaires, le Traité d'Asunción a créé un ordre juridique spécifique, intégré au sein du système juridique des États membres depuis son entrée en vigueur et obligatoire pour leurs juridictions nationales »¹⁹. Ils s'expriment alors vigoureusement la nécessité d'une modification législative des dispositifs fondateurs du Marché Commun, afin de permettre au Tribunal de promouvoir l'uniformisation de l'interprétation du droit adopté par les instances du Mercosur de manière efficace²⁰.

Bien que durement critiqué en doctrine²¹, ce mécanisme nettement défaillant eu égard à l'objectif d'intégration régionale n'a pas encore été modifié. En attendant les changements souhaités – qui ne semblent malheureusement pas être à l'ordre du jour des pays membres du Mercosur – les aboutissants de cette expérience d'uniformisation du droit en Amérique du Sud nous permettent de penser qu'une codification des règles matérielles du droit de la consommation ne serait ni souhaitable, ni envisageable dans le cadre d'un processus d'intégration économique tel que le Mercosur. Il serait probablement plus réaliste de se concentrer sur une harmonisation des règles conflictuelles de droit international privé en matière de consommation, à condition que la finalité de protection du

tribunal compétent mais aussi du droit applicable, avec la même rigueur que lui confère le Protocole de Buenos Aires » (point III, F, 3).

18 Art. 11 de la Décision du Conseil du Marché Commun n° 37/2003, du 15 déc. 2003, portant réglementation du Protocole d'Olivos.

19 Opinión Consultiva n°01/2007 du 3 avr. 2007. Une mention expresse y est faite (point III, D, 2) à la décision CJCE : Costa/Enel, 6/64, EEE 1964-1966, p. 99 – considérant n°7.

20 Point III, B, 4.

21 V. PAULO B. CASELLA, « Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito – O Brasil e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado », *Integração Jurídica Interamericana*, Paulo B. Casella, Nádia Araújo (dir.), São Paulo : LTr, 1998 ; PAULO B. CASELLA, « Quais os fins da integração no MERCOSUL ? », « América Latina – Cidadania, desenvolvimento e Estado », Deisy F. L. Ventura, (dir.), Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996, p. 50 ; WERTER FARIA, « Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas », *Mercosul – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*, Livraria do Advogado, 1995 ; « O impasse do Mercosul », *Rev. inf. legis.*, n° 155, juill.-sept. 2002, p. 29 ; « Harmonização legislativa no Mercosul », *Assoc. bras. de estudos da integração*, v. 8, 1995, p. 66 ; « Unidade do direito e uniformidade na interpretação e aplicação das normas do Mercosul », *O direito internacional no terceiro milênio*, Luiz Olavo Baptista et José R. F. Fonseca (dir.), LTr, 1998 ; MAURO A. M. FINATTI, « A difícil implementação do direito do consumidor do Mercosul : balanço e prognósticos », *Rev. dr. consum.*, RT, n° 20, oct.-déc. 1996, p. 138 ; N. ARAÚJO, « Mercosul : balanço jurídico através da análise da jurisprudência brasileira, *Direito da integração*, Luiz O. Pimentel (dir.), v. II, Juruá, 2001, p. 163.

consommateur demeure au premier rang. Si une proposition en ce sens n'a pas pu aboutir dans le cadre du Mercosur, en raison d'une « erreur de calcul » du législateur du bloc d'intégration (cf. *infra*), une évolution en la matière pourrait avoir lieu à travers l'expérience codificatrice dans un autre cadre, celui des Conférences interaméricaines de droit international privé (CIDIP).

II – L'harmonisation des règles conflictuelles dans le cadre de l'OEA: une tentative entamée

Toujours dans le domaine de la protection des consommateurs, des règles de droit international privé ont déjà été fixées au sein du Mercosur. S'inspirant très nettement de la Convention de Bruxelles de 1968, le Protocole de Santa Maria sur la « juridiction internationale en matière de relations de consommation » a été adopté le 17 décembre 1996²². Bien que signé il y a presque quinze ans par les États membres du Mercosur, le Protocole n'est pas encore entré en vigueur. Sans doute ne le sera-t-il jamais. Son art. 18 prévoit que son processus de ratification ne débutera au sein de chaque État-membre qu'après l'adoption du « règlement commun MERCOSUR de protection des consommateurs » mentionné ci-dessus, rejeté par le Brésil. Ainsi, le consommateur qui s'engage avec un fournisseur domicilié à l'étranger se verra appliquer, en cas de litige, les règles nationales de droit international privé. Une perspective d'évolution semble pourtant apparaître depuis quelques années. Elle est le résultat de la conjugaison d'efforts menés en vue de promouvoir la protection des consommateurs, à l'intérieur même des politiques de renforcement de l'intégration régionale des pays membres du Mercosur, voire, plus largement, des États américains (A). La procédure proposée par le Brésil, l'Argentine et le Paraguay est celle de l'adoption d'une convention internationale, ce qui n'a rien d'innovant dans le cadre de l'uniformisation du droit. Les règles de droit ainsi promues le sont pourtant de manière indiscutable (B).

A) La proposition d'une Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux de consommation

Les conventions adoptées lors des Conférences interaméricaines de droit international privé (CIDIP) contribuent à un processus graduel d'uniformisation du droit mené par le Département des affaires juridiques internationales de l'Organisation des États Américains (OEA). Ces rencontres sont réalisées tous les quatre ou six ans, en fonction des matières choisies. Faire porter les travaux sur un domaine sectoriel précis permet aux différents participants au processus de concentrer des efforts en vue de l'adoption de règles uniformes.

La période entre les CIDIPs V et VI a été marquée par des changements importants des caractéristiques dudit mécanisme²³ : une participation accrue

22 Décision du Conseil du Marché Commun (CMC) n° 10/96.

23 Arroyo, *op. cit.*, p. 59 et s.

des États-Unis, la flexibilisation des techniques normatives²⁴, la privatisation du processus de codification²⁵ et la « commercialisation » de l'agenda, tournée vers des sujets liés au commerce international. C'est dans ce contexte que l'élaboration de normes de droit international privé en matière de consommation a été choisie comme l'un des axes de travail de la CIDIP VII²⁶. Mais les États hésitaient quant au champ d'application et à la technique à adopter. Le Mexique, le Canada et l'Uruguay proposaient par exemple l'adoption de règles en matière de commerce électronique; la proposition brésilienne se concentrait sur une convention sur le droit applicable²⁷, tandis que les États-Unis et le Canada préféraient quant à eux la technique de la loi modèle.

Le 20 octobre 2009, les gouvernements du Brésil, de l'Argentine et du Paraguay se sont réunis afin de simplifier la proposition brésilienne, remplacée par une proposition conjointe des trois pays (« Proposition Buenos Aires »). Ces trois pays membres du Mercosur se sont ainsi réunis afin de faire évoluer l'harmonisation du droit à travers une autre instance que celle du bloc d'intégration économique. La stratégie adoptée a été de maintenir les articles essentiels dans le texte principal de la convention, tandis que d'autres dispositions étaient intégrées dans des protocoles additionnels, ce qui permettrait une plus grande adhésion à la convention. Cette dernière, toujours consacrée à la détermination du droit applicable, est organisée autour de dispositions de protection du consommateur « passif » (contrats conclus à distance), d'une part, et des dispositions relatives au consommateur « actif » (le touriste), d'autre part. Les trois protocoles additionnels et facultatifs portent respectivement sur les définitions (Protocole I), sur l'application de la convention (Protocole II) et sur la juridiction (Protocole III, introduit par l'Argentine).

L'évolution des débats démontre que les règles proposées en la matière comportent une complexité importante due, au moins en partie, à la recherche d'un compromis entre les différents intérêts des acteurs nouant une relation contractuelle internationale. Ce compromis n'est pas toujours facile à trouver. Certains participants, notamment ceux de l'Amérique du nord, opposent parfois une résistance marquée à l'adoption des règles prétendant à l'uniformisation²⁸.

24 A partir de la première réunion préparatoire de la CIDIP VI, le recours à des techniques plus flexibles était apparu comme une alternative dans certains domaines; allant au-delà des conventions internationales et des lois modèles, la CIDIP VI proposait un instrument uniforme de commerce adoptable directement par les particuliers.

25 Les CIDIPs ne sont pas dotées d'un organe spécifique permanent, s'appuyant sur divers organes de l'OEA. La présentation de documents et de propositions par des institutions qui ne font pas partie du système à l'instar du National Law Center for the Inter-American Free Trade est croissante.

26 V. résolution n° 2065 (XXXV-0/05) du 7 juin 2005 approuvée lors de la 4^e séance de l'assemblée plénière de l'Organisation des États Américains.

27 Le Professeur C. LIMA MARQUES avait proposé une première version du texte en 2000, lors des cours professés à l'OEA.

28 V. C. LIMA MARQUES, et M. L. DELALOYE, « La propuesta 'Buenos Aires' de Brasil, Argentina y Paraguay: el más reciente avance en el marco de la CIDIP VII de protección de los consumidores », *rev. dr. cons.* n° 73, janv.-mars 2010, p. 224. On explique cependant que la participation active des représentants des États-Unis, du Canada et de certains pays du Caraïbe aux réunions d'experts a été

L'une des raisons semblerait résider, justement, dans le caractère innovant du paradigme qui anime ces nouvelles propositions : la nécessité de réaliser la finalité matérielle des règles uniformisées.

B) Une harmonisation protectrice du consommateur

L'idée centrale de la proposition initiale brésilienne a été maintenue par la proposition « Buenos Aires » et consiste en l'abandon du concept de neutralité qui caractérise classiquement les critères de rattachement prévus par les règles de conflit de lois, pour adopter une orientation subjective ou matérielle²⁹ : les règles proposées sont orientées essentiellement par la finalité de la protection du consommateur, tout en laissant une marge d'action à l'autonomie de la volonté. On y perçoit une préoccupation à l'égard de la vulnérabilité du consommateur dans le commerce électronique et, plus généralement, dans les contrats conclus à distance³⁰. Ainsi, par exemple, pour le consommateur qui contracte dans une condition dite « passive », la loi choisie par les parties ne serait applicable qu'au cas où elle serait plus favorable au consommateur que celle du lieu de son domicile. Par ailleurs, quelle que soit la démarche du consommateur, une clause de « correction matérielle » dite « hard clause » prévoit que la loi désignée en application des règles proposées peut être écartée « si, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, l'élément de

également très importante dans l'élaboration des propositions présentées par les pays du sud (*idem*, p. 230).

29 C. LIMA MARQUES, « A proposta brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a lei aplicável a alguns contratos com consumidores (CIDIP VII): temas e discussões no Fórum de expertos da OEA », *Cadernos do programa de pós-graduação em direito – PPGDir./UFRGS*, n° 5, mars 2006, p. 82 ; du même auteur, v. « Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor », *RT*, 2004, p. 318.

30 On peut résumer les mécanismes de la proposition de la manière suivante : tout d'abord, quant au consommateur dit « passif » (art. 4, dont le chapeau s'intitule « La protection dans les contrats conclus à distance »), s'il demeure dans l'État de son domicile lorsqu'il conclut un contrat, notamment à distance, les parties disposeraient d'une alternative à plusieurs branches quant au choix de la loi applicable : celle du domicile du consommateur, celle du lieu de la conclusion ou de l'exécution du contrat, ou encore celle du siège du professionnel de produits ou de services (art. 4, paragraphe 1). Le paragraphe 2 de l'art. 4 présente pourtant une liste d'éléments de rattachement présentés en ordre décroissant, semble-t-il, du caractère plus favorable au consommateur, à savoir : « a) le droit du domicile du consommateur ; b) le droit du lieu à la fois de la résidence du consommateur et de l'un des établissements du professionnel de produits et de services ; c) le droit du lieu de conclusion ou du lieu de l'exécution, s'il coïncide avec le lieu du domicile ou du siège du professionnel de produits ou de services qui a agi au contrat dans une condition étrangère à celle d'un simple distributeur ». Ce dispositif pâtit d'un certain manque de clarté et semble présenter une interprétation difficile. Enfin, dans le cas contraire, c'est-à-dire « en l'absence de choix valable », le contrat en question est soumis à la loi de l'État du domicile du consommateur (art. 4, paragraphe 5). Ensuite, quant au « touriste ou consommateur actif » (art. 5), les parties peuvent « valablement choisir » soit la loi du lieu de la conclusion du contrat, soit celle « du lieu d'exécution », soit enfin celle « du domicile du consommateur » (art. 5, paragraphe 1). À défaut de choix valable, la loi applicable au « contrat conclu par le consommateur lorsqu'il se trouve en dehors de l'État de son domicile, est celle du lieu de sa conclusion, étant ainsi entendu le lieu où le consommateur et le fournisseur professionnel se sont rencontrés physiquement pour la conclusion du contrat » (art. 5, paragraphe 2).

rattachement dont résulte cette désignation se révèle artificiel et que l'espèce se montre plus rapprochée d'une autre loi plus favorable au consommateur³¹.

Concernant la proposition de Protocole additionnel relatif à la « juridiction internationale en matière de certains contrats de consommation », une règle générale attribue la compétence au tribunal de l'État membre où le consommateur a son domicile³², ce qui serait une importante avancée pour les pays du Mercosur, qui ne disposent pas de règle spécifique en la matière. Comme nous l'avons déjà précisé, l'adoption de ce protocole serait toutefois facultative pour les États adhérant à la convention principale³³.

On observe enfin que cette tentative d'uniformisation des règles de droit international privé en Amérique teint la procédure d'une finalité précise à réaliser : elle s'oriente essentiellement vers la protection de la partie faible. Il reste à savoir si les travaux de la CIDIP VII, espérons-nous bientôt conclus, suivront cette voie, et si la Convention ainsi proposée connaîtra un nombre important d'adhésions. Tout au moins trois pays du Mercosur seraient prêts, semblerait-il, à le faire. Quoiqu'il en soit la philosophie ayant animé ces efforts menés en Amérique devrait demeurer un exemple à suivre : le paradigme de toute tentative d'uniformisation du droit devrait être la mise en valeur de l'être humain³⁴.

BIBLIOGRAPHIE

- N. ARAÚJO, F. MAGALHAES, « Mercosur / ALCA [Aire de libre commerce des Amériques] : quel processus d'intégration possible? », *Droit et société*, n°59, 1^{er} janvier 2005, p. 57-64.
- N. ARAÚJO, « Contratos internacionais e consumidores nas Américas e no Mercosul: análise da proposta brasileira para uma Convenção Interamericana na CIDIP VII », *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2005.
- N. ARAÚJO, « Mercosul: balanço jurídico através da análise da jurisprudência brasileira, in L. O. PIMENTEL (dir.), *Direito da integração*, v. II, Juruá, 2001.
- F. ARCY, « Les perspectives politiques du Mercosur: comparaison avec l'Union européenne », I, n°59, 1^{er} janvier 2005, p. 19-37.

31 Art. 8.

32 Art. 1^{er}. Un choix est pourtant permis au consommateur-demandeur de porter l'action devant le tribunal d'un État-membre, soit du lieu de la conclusion du contrat (art. 2, al. a.), soit du lieu de l'exécution de celui-ci « étant ainsi entendu le lieu de la prestation du service ou celui de la livraison des biens » (art. 2, al. b), soit du lieu du domicile du défendeur (Art. 2, al. c).

33 Art. 6.

34 En droit international privé, v. N. ARAÚJO, « Contratos internacionais e consumidores nas Américas e no Mercosul: análise da proposta brasileira para uma convenção interamericana na CIDIP VII », *Cadernos do programa de pós-graduação em direito – PPGDir./UFRGS*, n°5, mars 2006, p. 124.

- A.-J. ARNAUD, « Mercosur, une voie différente de l'Union européenne », *Droit et société*, n° 59, 1^{er} janvier 2005, p. 7-15.
- D. ARROYO, « Razones y condiciones para la continuidad de la CIDIP. Reflexiones de cara a la CIDIP VII », in: D. ARROYO, F. MASTRÁGELO (dir.), *El futuro de la codificación del Derecho Internacional Privado en América. De la CIDIP a la DICIP VII*, Córdoba: Alveroni Ediciones, 2005.
- P. B. CASELLA, « Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito – O Brasil e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado », in P. B. CASELLA, N. ARAÚJO (dir.), *Integração Jurídica Interamericana*, São Paulo: LTr, 1998.
- P. B. CASELLA, « Quais os fins da integração no MERCOSUL? », in D. F. L. VENTURA (dir.), *América Latina – Cidadania, desenvolvimento e Estado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- R. FALCHETTI, « La réforme institutionnelle du Mercosur: quel avenir pour le Forum consultatif économique et social du Mercosur? », *Droit et société*, n° 59, 1^{er} janvier 2005, p. 83-92.
- W. FARIA, « Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas », in *Mercosul – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*, Livraria do Advogado, 1995.
- W. FARIA, « O impasse do Mercosul », *Rev. inf. legis.*, n° 155, juill.-sept. 2002.
- W. FARIA, « Harmonização legislativa no Mercosul », *Assoc. bras. de estudos da integração*, v. 8, 1995.
- W. FARIA, « Unidade do direito e uniformidade na interpretação e aplicação das normas do Mercosul », in: L. O. Baptista, J. R. F. Fonseca (dir.), *O direito internacional no terceiro milênio*, São Paulo: LTr, 1998.
- M. A. M. FINATTI, « A difícil implementação do direito do consumidor do Mercosul: balanço e prognósticos », *Rev. dr. consum.*, RT, n° 20, oct.-déc. 1996.
- E. A. KLAUSNER, « Perspectivas para a proteção do consumidor brasileiro nas relações internacionais de consumo », *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 42, p. 59-76, jul./set. 2008.
- C. L. MARQUES, M. DELALOYE, « La propuesta “Buenos Aires de Brasil, Argentina y Paraguay”: El más reciente avance en El marco de la CIDIP VII de protección de los consumidores », São Paulo: RT. *Revista de Direito do Consumidor*, n° 73, p. 224-265, jan./mar. 2010.
- C. L. MARQUES, « A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado- Da necessidade de uma convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo », RT, v.788, p. 11-56, jun. 2001.
- C. L. MARQUES, « Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul – Primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor », *Rev. dr. cons.*, RT, n° 23-24, juill.-déc. 1997.
- C. L. MARQUES, « Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor – crítica ao projeto de protocolo de defesa do consumidor », *Rev. dr. cons.*, RT, n° 26, avr.-juin 1998.
- C. L. MARQUES, « Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse », *Rev. dr. cons.*, RT, n° 32, oct.-déc. 1999, p. 16.
- G. PAISANT, « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs », *JCP* 2009, I, 118.

- J. SCHMIED, *Cenários da integração regional: os desafios da União de Nações Sul-americanas (UNASUL) o novo caminho da integração na America do Sul*, Cadernos Adenauer VIII, n° 1, 2007.
- O. A. D. C. TRINDADE, «A incorporação das normas do Mercosul ao direito brasileiro e a segurança jurídica regional», in C. A. M. DIREITO, A. A. C. TRINDADE, A. C. A. PEREIRA (dir.), *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*, Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2008.
- D. VENTURA, *Les asymétries entre le Mercosur et l'Union européenne. Les enjeux d'une association interrégionale*, Coll. Logiques Juridiques, L'Harmattan, Paris, 2003, 501 p. D. VENTURA, «La gouvernance démocratique et l'intégration économique. Regards croisés entre le Mercosur et l'Union européenne», *Droit et société*, n°59, 1^{er} janvier 2005, p. 93-104.

LES ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE EN ASIE

ÉVALUATION DE LA POSSIBILITÉ

D'UNE UNIFORMISATION DES DROITS

JAIMINI VYAS

TRADUIT DE L'ANGLAIS PAR C. QUÉZEL-AMBRUNAZ

Environ soixante pour cent du commerce mondial est désormais pratiqué sur des bases préférentielles, et non sur celles de la nation la plus favorisée. Pour cette raison, aucune région ne peut ignorer la formation de son propre schéma d'intégration régional, sauf à prendre le risque que ses exportations soient discriminées par rapport à celles des autres partenaires de son bloc commercial. De nombreux systèmes d'accords régionaux et bilatéraux de libre-échange existent à différents niveaux dans les ensembles régionaux du continent asiatique. Ils constituent un atout, mais ne sont pas optimaux¹. L'une des questions posées par ceux-ci est de savoir si ces accords bilatéraux ou régionaux peuvent fournir les matériaux pour la construction d'une coopération et d'une intégration à l'échelle de l'Asie². Différents liens sont forgés entre ces groupes régionaux, entre États, comme entre certains États et ces groupes régionaux, ainsi que le montre la prolifération des accords de libre-échange. Cette étude portera sur l'Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) Community et la South Asian Free Trade Area (SAFTA), parce qu'elles sont multilatérales et constituent les principales communautés en Asie. L'ASEAN a aussi été le premier accord de ce type en Asie.

I – L'ASEAN – L'Asean community; un candidat plausible à l'uniformisation

Premier aperçu. L'ASEAN a été fondée par la déclaration ASEAN (ou Déclaration de Bangkok) en 1967. Elle compte aujourd'hui dix États-membres, à savoir l'Indonésie, la Malaisie, les Philippines, Singapour, le Brunei Darussalam, le Viet Nam, Le Laos ; la Birmanie, le Cambodge et la Thaïlande³. L'objet et l'ambition

1 NAGESH KUMAR, «A Broader Asian Community and a Possible Roadmap», *Economic and Political Weekly* (September 3, 2005) page 3926.

2 Cf. BISWA N. BHATTACHARYAY, «Understanding the Latest Wave and Future Shape Of Regional Trade and Cooperation Agreements in Asia», *CESIFO working paper* n°1856 Category 7: Trade policy, novembre 2006, présenté au *CESIFO Venice Summer Institute*, workshop on I, juillet 2006 <http://www.SSRN.com/abstract=949701>.

3 Aperçu de l'Association of South East Asian Nations (site officiel), <http://www.asean.org/64.htm>.

de l'ASEAN, tels que posés par la Déclaration ASEAN partent de la coopération économique et s'étendent à toutes les facettes de l'existence⁴. Des pressions ont été exercées par le Fonds Monétaire International et la Banque Mondiale pour que soit réalisée la libéralisation du commerce. Certains États suivaient à cette époque des stratégies protectionnistes de substitution aux importations. Des pressions ont également émané des zones récemment créées de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) et de l'Union Européenne qui offraient d'énormes marchés pour les exportations⁵. Toutefois, la crise financière asiatique de 1997-1998 est souvent regardée comme la cause directe de l'émergence du régionalisme en Asie.

Les piliers de la communauté. L'ASEAN a désormais formé l'ASEAN Community⁶, composée de trois piliers, à savoir l'ASEAN Political-Security Community (APSC), l'ASEAN Economic Community (AEC) and l'ASEAN Socio-Cultural Community (ASCC). Chacune d'elle a son propre schéma directeur, et ensemble avec l'Initiative for Asean Integration (IAI) Strategic Framework et l'IAI Work Plan Phase II (2009-2015), elles forment la feuille de route pour l'Asean Community 2009-2015. Les accords de libre échange et commerciaux sont de la compétence de l'Economic Community.

L'AEC cherche à transformer l'ASEAN en une région économique hautement compétitive, orientée vers le commerce extérieur, avec un marché et une base productive communs assurant un développement économique équitable et une pleine intégration dans l'économie mondialisée⁷.

L'APSC a pour but de développer une région stable, pacifique et sécurisée avec des valeurs et des normes communes, ainsi qu'une coopération dans le développement politique. Il cherche à préserver et accroître la paix et la stabilité de la région et à renforcer les relations gagnant-gagnant entre l'Asean et ses partenaires et amis⁸.

L'ASCC oriente l'Asean Community dans une perspective centrée sur les personnes et socialement responsable, cherchant à favoriser le bien-être de la population. Elle travaille aussi à un plan de développement durable respectueux de l'environnement. Elle cherche principalement à favoriser l'unité culturelle et

4 À savoir: le développement économique, le progrès social, le développement culturel, et celui d'une communauté prospère et sûre qui est pacifique et stable. Adhésion aux principes de la Charte des Nations Unies. La collaboration et l'assistance dans les champs économiques, sociaux, culturels, techniques, scientifiques et administratifs, dans les domaines de la recherche et de la formation, de l'agriculture et de l'industrie, l'extension des échanges commerciaux, des infrastructures de transports et de communication, l'élévation du niveau de vie des peuples, la promotion des études sud-asiatiques, la poursuite d'une coopération étroite et bénéfique avec les organisations internationales et régionales poursuivant des buts similaires, et la recherche d'éventuelles intensifications des coopérations avec elles.

5 Pour une histoire de l'AFTA, cf. L. CUYVERS, PH. DE LOMBAERDE ET S. VERHERSTRAETEN, «From AFTA towards an ASEAN economic community... and beyond», *Center for ASEAN Studies Discussion paper*, n°46, janvier 2005.

6 En 2003, au 9^e ASEAN Summit 2003, <http://www.asean.org/5187-10.pdf>.

7 Cf. ASEAN Economic Community Blueprint (Jakarta: ASEAN Secretariat, January 2008).

8 ASEAN Political-Security Community Blueprint, Roadmap for an ASEAN Community (2009-2015 Jakarta: ASEAN Secretariat, April 2009).

à assurer le bénéfice des droits civils et politiques, mais aussi des droits sociaux, économiques et culturels aux citoyens des États-membres⁹.

L'ASEAN Charter de 2008 qui crée l'ASEAN Community est devenue un instrument contraignant pour les dix États-membres de l'ASEAN. Avec l'entrée en vigueur de cette Charte, l'ASEAN s'est transformée, d'une simple entité de coopération économique à un « processus de construction communautaire »¹⁰. L'ASEAN Community cherche à réduire l'écart de développement entre ses États-membres, et entre la zone ASEAN et le reste du monde¹¹.

L'uniformisation du droit. L'ASEAN Economic Community (AEC) propose les éléments suivants : (a) un marché et une base productive uniques, (b) une région hautement compétitive économiquement, (c) une région dans laquelle le développement économique est équitable et (d) une région pleinement intégrée dans l'économie globale¹². Elle cherche à transformer l'ASEAN en une zone de libre mouvement de biens, services, investissements, travail qualifié, et flux de capitaux. L'AEC considère que toutes les barrières aux échanges, douanières comme non douanières, doivent disparaître. Elle recherche l'homogénéisation de tout le marché de la région.

Toutefois, ni la Charte ni les différents accords ou schémas directeurs explorent la possibilité de règles de droit uniformes, (mis à part quelques conventions ou traités de l'ONU auxquels la Charte fait référence, et qui s'appliquent à tous les États)¹³. Ceci peut être dû à la crainte d'une atteinte à l'intégrité de la souveraineté. Bien que le point A 5 de la Charte contienne l'obligation pour tous les États-membres d'adopter des législations internes appropriées, il reste relativement fallacieux, car chaque État est susceptible d'interpréter différemment cette obligation ; alors même que le droit interne serait en concurrence avec les schémas directeurs et la Charte, ceux-ci ne sont pas toujours congruents entre eux, ce qui soulève discussions et conflits¹⁴. D'un point de vue extérieur, les buts de l'ASEAN sont très proches de ceux de l'Union Européenne ; mais il est difficile de voir comment ils pourront être atteints sans le support fondamental d'un système de droit uniforme.

Les États-membres de l'ASEAN se refusent à abandonner leur politique économique vis-à-vis des non-membres. Pour cette raison, l'AEC ne peut connaître un système douanier avec un tarif extérieur commun. Le pari est de créer un

9 ASEAN Social and Cultural Community Blueprint, *ibid*.

10 ASEAN Charter Association of South East Asian Nations (Site officiel), <http://www.asean.org/21861.htm>.

11 Initiative for ASEAN Integration (IAI) Strategic Framework and IAI Work Plan 2 (2009-2015), *cf* Supra 8.

12 Supra 7 ; *Adde*. ASEAN Economic Community Blueprint in *Id. Adde*. ASEAN Economic Community Association of South East Asian Nations (Official Website), <http://www.asean.org/18757.htm>.

13 ASEAN Political-Security Community Blueprint, *cf* Supra 8.

14 The ASEAN Charter Jakarta: ASEAN Secretariat, January 2008, <http://www.aseansec.org/publications/ASEAN-Charter.pdf>.

marché unique hors de toute union douanière ou autorité supranationale¹⁵. Toutefois, il semble qu'un marché unique exige d'être assis sur des règles homogènes (à défaut d'être uniformes)¹⁶. Ainsi, selon les recommandations de la High-Level Task Force [un groupe de réflexion sur l'intégration, Ndt], un marché unique suppose l'adoption de politiques communes en matière de concurrence, de propriété intellectuelle, et de droit des affaires; en outre, un tarif douanier extérieur commun facilite le processus¹⁷.

Les défis à relever. Pour développer un marché régional durable, les membres de l'ASEAN auront à dépasser les actuels marchés nationaux cloisonnés et à créer un droit uniforme comme les lois et règles de l'OHADA, spécialement dans les matières du commerce et des investissements, afin de faciliter le libre mouvement des biens, des capitaux, des services et du travail. Un régime libéralisé de commerce et d'investissement va améliorer les économies et créer un climat plus favorable aux affaires dans la région¹⁸. Les pays de l'ASEAN ont besoin de développer des systèmes juridiques propres à encourager et à gérer les activités commerciales en plein essor de la région¹⁹, notamment par une protection adéquate contre la concurrence déloyale²⁰.

Difficultés. De stratégies orientées vers le commerce régional et le multilatéralisme, un tournant a été pris vers la coopération et les accords bilatéraux. Ceci pourrait détourner l'attention des traités multilatéraux et de l'insertion des économies dans un libre marché mondialisé. Pourtant, l'explosion des accords bilatéraux ou plurilatéraux ne doit pas être vue comme une entrave, mais plutôt comme un étai apporté à la construction d'une zone de libre-échange mondiale.

Les accords bilatéraux réduisent le pouvoir de négociation des États-membres à l'égard de l'ASEAN. En outre, ces accords spéciaux et individuels peuvent empêcher la création d'un système de libre-échange régional par la création d'un « bol de spaghettis (spaghetti bowl) »²¹. Un accord de libre-échange

15 *Supra* 5.

16 P. LLOYD AND P. SMITH, « Global Economic Challenges to ASEAN Integration and Competitiveness: A Prospective Look », *REPSF Project 03/006a, Final Report*, septembre 2004.

17 *Id.* Pour un exemple d'un tel système juridique, cf. BAYU SETO HARDJOWAHONO, « The UNIDROIT Principles and the Law Governing Commercial Contracts in Southeast Asia », 7 *Unif. L. Rev. n.s.* 1005 (2002). Pour une discussion sur un large droit uniforme de la concurrence dans l'ASEAN, cf. DR. LAWAN THANADSILLAPAKUL, « The Harmonisation of ASEAN Competition Laws and Policy and Economic Integration », 9 *Unif. L. Rev. n.s.* 479 (2004). *Adde.* Thailand Law Forum (Law analysis and features on South east asia), <http://www.thailawforum.com/articles/theharmonisation.html> (visité le 26 juillet 2011).

18 DR. LAWAN THANADSILLAPAKUL, *ibid.*

19 DR. LAWAN THANADSILLAPAKUL, *ibid.*

20 Ainsi que le relève l'UNCTAD, le principal objectif du droit de la concurrence est « de préserver et promouvoir la concurrence comme un moyen d'assurer une efficace distribution des ressources dans une économie, se traduisant par le choix de la meilleure qualité possible, les prix les plus bas, et l'adéquation aux attentes des consommateurs », UNCTAD (1996), « Competition Policy and Legislation: Information Note 21 », Note du Secrétariat de l'UNCTAD au Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy, UNCTAD document TD/B/RBP/INF.37.

21 Cf. *Supra* 5.

à l'échelle régionale éliminerait la nécessité de tels accords, et offrirait davantage d'opportunités pour les affaires²².

Certains commentateurs ont souligné que les priorités de l'ASEAN Community touchent plus à la politique qu'à l'économie. Pour cette raison des membres sont réticents à concéder même une petite part de leur souveraineté sur ces questions. L'on peut supposer que tant qu'il n'y aura pas de changement dans cette attitude et cet état d'esprit, les chances d'avènement d'une communauté juridique supranationale seront minces²³.

II – SAARC – SAFTA: L'Asie du Sud et l'uniformisation: un long chemin à parcourir

Premier aperçu. La South Asian Association for Regional Cooperation (SAARC) a été fondée par le Bangladesh, l'Inde, le Bhoutan, les Maldives, le Népal, le Sri Lanka et la Pakistan. L'Afghanistan en est devenu membre en 2007. La Chine, le Japon, la Corée du Sud, les États-Unis d'Amérique, l'Iran, Maurice, l'Australie, la Birmanie et l'Union Européenne sont membres observateurs de la SAARC. La SAARC a été fondée dans le but de maintenir une coexistence paisible dans la région fondée sur les principes de non-alignement et de promotion de la paix, de la stabilité, de l'amitié et du progrès²⁴. La coopération dans la SAARC est basée sur le respect de cinq principes, à savoir l'égale souveraineté, l'intégrité territoriale, l'indépendance politique, la non-ingérence dans les affaires internes des États-membres et le bénéfice mutuel²⁵.

Elle cherche à promouvoir la coopération économique, sociale et technique entre les pays de l'Asie du sud et développe également la coopération, les contacts et les échanges entre les pays de la région, contribuant ainsi à promouvoir l'amitié et la compréhension entre les peuples.

Les objectifs de l'Association tels que consignés dans l'article premier de la Charte sont d'accroître le bien-être et le standard de vie, le développement économique, le progrès social et le développement culturel, l'autonomie et le respect mutuel, ainsi que de développer la coopération²⁶.

Matières couvertes. Les domaines de coopération concernés par la SAARC sont: l'agriculture et le ruralisme, les biotechnologies, l'éducation, la

22 RAMESH CHAND, *Free Trade Area in Asia*, Academic Foundation, New Delhi, 2006, p. 96-100.

23 GEORGE T. L. SHENOY, «The Emergence of a Legal Framework for Economic Policy in ASEAN», *29 Malaya L. Rev.* 116 (1987). Pour une discussion sur la possibilité d'un droit uniforme des contrats pour la région, cf. *supra* 17. Toutefois, nous tendons à exprimer une divergence avec l'auteur sur son assertion selon laquelle la création d'un ensemble de règles uniformes propres à l'ASEAN Community serait irréalisable.

24 SAARC Charter, South Asian Association for Regional Cooperation (Site officiel), <http://www.saarc-sec.org/SAARC-Charter/5/>

25 Brief on SAARC, http://www.saarc-sec.org/uploads/publications/file/Brief%20on%20SAARC%202009%20brochure_20100508123840.pdf ou <http://saarc-sdmc.nic.in/pdf/charter.pdf>.

26 *Ibid.*

culture, l'économie, l'énergie, l'environnement, les mécanismes de financement, le développement des ressources humaines, l'information, la communication et les médias, le contact entre les personnes, la diminution de la pauvreté, les sciences et technologies, les alertes de sécurité, le développement social, le tourisme, le commerce et la finance²⁷. Le *Committee on Economic Cooperation* (CEC), comprenant les ministres du Commerce des États-membres, supervise la coopération dans le champ économique. Il a désormais formé le South Asian Free Trade Agreement (SAFTA).

Le scénario Sud-asiatique. L'Inde est le principal pays de la région sud-asiatique. Économiquement, cette région est très asymétrique. Les pays d'Asie du Sud ne sont pas des partenaires commerciaux naturels et leur commerce se fait principalement avec des pays hors de la région en raison de certaines affiliations culturelles, ethniques ou religieuses²⁸. Les études relatives au commerce révèlent que le commerce indien avec les pays de l'ASEAN est en hausse. Il pourrait y avoir une possibilité pour les autres pays d'Asie du sud d'accélérer leurs relations avec l'Inde afin d'avoir accès au plus grand marché asiatique. À très long terme, ces mouvements pourraient conduire à une intégration des deux blocs commerciaux, résultant en un ensemble commercial pan-asiatique²⁹. Pour cette raison, il semble que pour ce qui est relatif au commerce, il y a plus d'opportunités pour l'Inde dans un accord Asean +4 [entre les pays de l'ASEAN, ainsi que la Chine, l'Inde, le Japon, la Corée du Sud, NdT] plutôt que dans la SAARC et le SAFTA. En effet, le scénario en Asie du sud ne met pas l'accent sur la coopération économique, et parvenir à une telle réalisation ne pourra pas se faire à brève échéance dans le cadre du SAFTA. Pour cette raison, le SAFTA n'est pertinent que dans le cadre de la réalisation d'un commerce régional pan-asiatique³⁰.

Les défis à relever. Le défi est d'abord de déplacer l'attention de l'obsession de la sécurité des États à la sécurité des personnes, puis sur les règles de concurrence, d'intégration économique et de maximisation du bien-être. Le véritable challenge est que les États reconnaissent qu'ils forment une région, et agissent en conséquence, en reconnaissant les potentialités offertes par une coopération en matière commerciale et une intégration économique. Les structures commerciales qui ont évolué parmi les pays de l'Asie du sud peuvent ne pas faciliter un accroissement rapide du commerce intra-régional³¹. Les sept pays imposent toujours des tarifs

27 South Asian Association for Regional Cooperation (Site officiel), <http://www.saarc-sec.org/>

28 NIHAL PITIGALA, « What Does Regional Trade in South Asia Reveal about Future Trade Integration? Some Empirical Evidence », *World Bank Policy Research Working Paper* 3497, Février 2005.

29 Cf. AMITA BARTA, « South Asia's Free Trade Agreement: Strategies and Options », *EPW (Economic and Political Weekly)*, 22 septembre 2007, p. 3878 ; *Adde.* DUSHNI WEERAKOON, « SAFTA Current Status and Prospects », *Promoting Cooperation in South Asia Beyond SAFTA*, Sadiq Ahmed, Saman Kelegama, Ejaz Ghani (dir.), SAGE Publications India Pvt Ltd, New Delhi, 2010.

30 TERCAN BAYSAN, ARVIND PANAGARIYA, NIHAL PITIGALA, « Preferential Trading in South Asia », *World Bank Policy Research Working Paper* 3813, janvier 2006 ; *Adde.* J. D. RODRÍGUEZ-DELGADO, « SAFTA: Living in a World of Regional Trade Agreements », *International Monetary Fund Working Paper* WP/07/23.

31 Cf. *supra* note 28.

douaniers plus élevés que ceux de l'ASEAN +3³². Les études sur la capacité du SAFTA pour l'accroissement du commerce intra-régional divergent : la plupart soulignent son incapacité à l'améliorer ; d'autres concluent que le SAFTA n'a pas d'effets de canalisation des échanges et, en fait, est susceptible de promouvoir ce commerce intra-régional, mais recommandent toutefois la disparition des barrières tarifaires et non tarifaires aux échanges entre ses membres³³. La prolifération d'accords bilatéraux créant un « spaghetti bowl » a aussi été citée comme une pierre d'achoppement, en plus des considérables listes d'exclusion regroupant la plupart des marchandises échangées et de la régulation parfois excessive, parfois déficiente de l'accord SAFTA³⁴. Le besoin de dispositions susceptibles d'attirer les investissements directs à l'étranger, entre autres, se fait sentir.

Difficultés. La situation économique du SAFTA est assez faible. Comparée avec le reste du monde, la région est modeste à la fois en termes de poids économique tel que mesuré par le PIB (ainsi que par le revenu par habitant) et en termes de pourcentage du commerce mondial³⁵. Il n'y a pas eu de démarrage de la coopération économique dans la région après plus de deux décennies de fonctionnement du SAARC. Il n'y a pas de contrainte pour éliminer les barrières douanières, il y a une considérablement longue liste d'échanges interdits, ou classés « sensibles »³⁶ et aucune contrainte pour une intégration plus aboutie. Le Pakistan a refusé d'appliquer les dispositions du SAFTA pour son commerce avec l'Inde. Souvent, les facilités pour le transit des marchandises ne sont pas assurées³⁷.

Il n'a jamais été dans l'intention des pays de la région de réaliser une intégration de leurs marchés, ou une coopération pour apporter la prospérité dans

32 Cf. *Supra* note 28. [Les pays de l'ASEAN + 3 sont ceux de l'ASEAN ainsi que la Chine, le Japon et la Corée du Sud, NdT].

33 SEEKKUWA WASAM HIRANTHA, « From SAPTA to SAFTA: Gravity Analysis of South Asian Free Trade », www.etsg.org/ETSG2004/Papers/hirantha.pdf.

34 *Supra* note 29 ; *Adde.* MD. RIZWANUL ISLAM, « Constraints of the Agreement on South Asian Free Trade Area and SAARC Agreement on Trade in Services Militating Against Sub-Regional Trade Proliferation in South Asia », *Brigham Young University International Law & Management Review* Winter 2010 ; *Adde.* Pour une discussion sur les accords bilatéraux du Sri Lanka avec l'Inde et le Pakistan et leurs applications pour le SAFTA, DESHAL DE MEL, « Bilateral Free Trade Agreements in SAARC and Implications for SAFTA », *Promoting Cooperation in South Asia Beyond SAFTA* (préc.).

35 TERCAN BAYSAN, ARVIND PANAGARIYA, NIHAL PITIGALA, *supra* note 30.

36 Pour comprendre l'avalanche de types de marchandises dans cette liste "sensible", et proposant une manière de réduire la liste indienne, NISHA TANEJA, SAON ROY, NEETIKA KAUSHAL, DEVJIT ROY CHOWDHURY, « An Approach to Prune India's Sensitive Lists under SAFTA », *Economic & Political Weekly*, 12 mars 2011, vol. XLVL, n° 11, p 15 ; *adde.* AMRITA SAHA, « Pruning India's Sensitive Lists under SAFTA: A comment », *Economic & Political Weekly*, 16 avril 2011, vol. XLVL, n°16, p. 80.

37 Par exemple le Bangladesh refuse les facilités de transit pour les transports de marchandises indiennes à destination d'autres parties de l'Inde. De même, le Pakistan refuse que les marchandises afghanes atteignent les marchés indiens et bangladeshis. Cf. PRABIR DE, SACHIN CHATURVEDI, ABDUR ROB KHAN, « Transit and Border Trade Barriers in South Asia » et M. RAHMATULLAH, « Transport Issues and Integration in South Asia » *Promoting Cooperation in South Asia Beyond SAFTA*, Ahmed Saman Kelegama, Ejaz Ghani (dir.), Sadiq, SAGE Publications India Pvt Ltd, New Delhi, 2010).

la région et accroître le bien-être de leurs populations. La plupart des décisions prises et des plans lancés n'étaient que des exercices de communication, dans le but d'impressionner le reste du monde et d'abuser les citoyens de la région. Le processus de la SAARC a été une véritable déception³⁸. Cela est dû à une pléthore de mauvaises relations, sentiments négatifs et animosités mutuelles entre les pays, chacun craignant pour sa sécurité. L'on peut regretter que n'ait toujours pas été mis en place un plan de travail pour créer une zone de libre-échange, malgré l'avènement du SAFTA³⁹. En réalité, par exemple, après la création du SAFTA, les échanges entre le Bangladesh et le reste du monde se sont considérablement accrus, alors qu'il n'y a eu qu'une lente et insignifiante augmentation du commerce entre les pays concernés par le SAFTA⁴⁰.

Conclusion

L'ASEAN semble être un bon candidat à l'intégration des marchés et donc à la perspective de la construction d'une communauté intégrée comme l'Union Européenne (alors même qu'un long chemin reste à parcourir). Elle pourrait dans le futur avoir besoin de lois uniformes. D'un autre côté, la SAARC a tenté de manière prématurée et erratique d'entrer dans un ambitieux accord de libre-échange, sans avoir mis en place les conditions pour ce faire: elle tente d'offrir un cadre juridique au marché transfrontalier alors même qu'un tel marché ou les infrastructures de transport ne sont pas en place⁴¹.

L'ASEAN Community avec l'ASEAN+4 semble montrer la voie à suivre, avec si possible l'adhésion d'autres pays asiatiques, afin de créer une communauté et une zone d'échange pan-asiatiques durables et efficaces. S'il semble *a priori* que l'ASEAN Community peut réaliser une unification des droits d'ici à la fin de la décennie, la SAARC et le SAFTA ont à réaliser au préalable de considérables diagnostics, réformes et restructurations avant de pouvoir se diriger vers une zone de libre-échange de n'importe quelle valeur ou marchandise. Il semble préférable que, de manière progressive et régulière, l'ASEAN Community inclue les autres pays asiatiques avec des développements et progrès soutenus et soutenables.

38 MUCHKUND DUBEY, «SAARC and South Asian Economic Integration», *Economic and Political Weekly* 7 avril 2007, p. 1238.

39 SAMAN KELEGAMA, «Towards Greater Economic Connectivity in South Asia», *Economic and Political Weekly* 29 septembre, 2007 p. 3911.

40 MD. JOYNAL ABDIN, «Regional trade and economic cooperation in South Asia», <http://ssrn.com/abstract=1409055>.

41 MD. JOYNAL ABDIN, *ibid.*

DEUXIÈME PARTIE : LE MODE DE RÉALISATION D'UN DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS

LE DÉFI DU LANGAGE (DÉTERMINABILITÉ D'UN DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS ET PLURALISME LINGUISTIQUE)

HÉLÈNE CLARET

*«That's rather sad» remarked Pat. «Who wants everywhere to be the same?»
Domenica shrugged «The European Commission, I suppose.»¹*

«*Unis dans la diversité*». La devise de l'Union européenne semble quelque peu oubliée par la Commission qui, depuis quelques années, n'a eu de cesse de multiplier les Communications, Livres verts², débouchant désormais sur un projet de règlement, autour d'un droit européen des contrats. La question, pourtant essentielle, de la compétence de l'Union en la matière est résolue, sans véritable démonstration³, par l'idée d'achèvement du marché intérieur; ce présupposé a été repris, sans plus d'éléments de preuve par le Groupe d'experts, chargé notamment d'aider «*la Commission à sélectionner les parties du projet [...] qui intéressent directement ou indirectement le droit des contrats*»⁴ ainsi qu'à «*restructurer, réviser et compléter les parties sélectionnées*»⁵ ainsi que par la Proposition de règlement issue de ces travaux⁶. Le postulat est simple: la diversité des droits nationaux sur ce point créerait des obstacles aux échanges entre les États membres (ainsi que des distorsions de concurrence), susceptibles de dissuader entreprises (spécialement les PME) et consommateurs de profiter de toutes les potentialités du marché

1 A. McCall Smith, 44 Scotland Street, Abacus, 66.

2 Pour une critique de cette méthode, G. PIGNARRE, H. CLARET, «Les méthodes de la Commission européenne: à quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint?», *D.* 2011, 1981.

3 Il est permis de ne pas être totalement convaincu par la volumineuse étude d'impact jointe à la proposition de règlement (Commission Staff Working Paper, *Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on a Common European Sales Law*, SEC (2011) 1165 – ci-après «Étude d'impact») qui certes, énonce des chiffres mais essentiellement pour justifier le choix qu'elle fait d'un règlement optionnel, chiffres qui, de surcroît, sont au mieux des estimations. Tout comme peut être discutée l'affirmation selon laquelle un tel texte «*aiderait l'Union européenne à [...] se remettre de la crise*» (Livre vert, 3). On peut aussi se souvenir que les mêmes arguments justifiaient la création de la monnaie unique...

4 Livre vert, 4.

5 *Ibid.*

6 COM(2011) 635 final, (ci-après Prop. règl.), exposé des motifs.

intérieur. Obligeant à recourir aux règles de conflit de lois, cette diversité engendre des incertitudes, une indéterminabilité quant aux obligations respectives des parties c'est-à-dire une insécurité juridique, et donc des coûts. Même si les parties ont tenté de supprimer cette incertitude par le choix de la loi applicable à leur contrat, le mécanisme de l'article 6 du Règlement « Rome I »⁷ oblige malgré tout les professionnels à connaître le droit de la résidence habituelle du consommateur ; hors le champ d'application de cette disposition, le jeu des lois de police⁸ est susceptible de remettre en cause leurs prévisions. À cette complexité, il est apporté une réponse en apparence simple : adopter un ensemble de règles communes applicables aux contrats, ceux-ci représentant le principal vecteur des échanges : le droit deviendrait déterminable, prévisible, les coûts de transaction seraient diminués sinon supprimés, le commerce transfrontalier s'en trouvant par là encouragé d'où une concurrence accrue et un bénéfice pour les consommateurs, notamment en termes de prix et de choix⁹.

Or cette entreprise ne laisse pas de susciter l'interrogation, au regard de l'objectif poursuivi. D'abord, bien d'autres considérations (culturelles, linguistiques, logistiques)¹⁰ peuvent en réalité expliquer que petites entreprises et consommateurs ne profitent pas autant qu'ils le pourraient du marché unique – et la construction européenne doit-elle se résumer à la seule promotion des valeurs marchandes ? Ensuite rendre le droit européen du contrat déterminable suppose une relative rigidité des règles fixées, alors même que la diversité, la flexibilité doit être préservée. On le constate, l'idée d'harmonisation est mise à mal dans la réalité. Le « *paradoxe inhérent à l'harmonisation* »¹¹, tend à être résolu en faveur de la convergence plutôt qu'en celle de la divergence. Tout révèle que le droit de l'Union s'accommode difficilement dans ce domaine d'une marge d'appréciation pour les États, d'une flexibilité (sauf sous l'angle des coopérations renforcées). On veut pour preuve des dérives auxquelles conduit inévitablement l'adoption de règles communes, l'exemple de certaines directives¹². Il a en effet depuis bien longtemps été constaté que ces dernières, principal instrument de l'harmonisation n'emportaient plus seulement (contrairement à ce qu'implique leur définition) une obligation de moyens mais une obligation de résultat¹³. Et ce n'est pas seulement

7 Règl. n° 593/2008 du 17 juin 2008, JOUE n°L 177 du 4 juillet 2008, 6.

8 Règlement « Rome I », art. 9.

9 Ce présupposé est aussi celui de la directive 2011/83 du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs (JOUE n°L304 du 22 novembre 2011, 64) : v. cons. n° 5 à 7.

10 Ce que la Commission au demeurant, admet elle-même (Livre vert, 5 ; Étude d'impact, pt. 2.4, 17). Sur le problème plus général de la réticence du consommateur à ne pas contracter à l'étranger pour des raisons linguistiques, v. G. PAISANT, « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs – Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ? », *JCP* 2009, I, 118, n° 19.

11 L. FIN-LANGER, « L'intégration du droit du contrat en Europe », *Critique de l'intégration normative*, M. Delmas-Marty (dir.), PUF, 2004, 42.

12 Dans le même sens, L. FIN-LANGER, *op. cit.*, 70 et s.

13 Pour reprendre la formule célèbre d'Isaac.

une question liée à la base juridique sur laquelle elles sont adoptées¹⁴ : les directives récentes sont adoptées sur le fondement de l'article 95 TCE (désormais article 114 TFUE) ; pour autant, elles se présentent comme des directives d'harmonisation totale¹⁵, ne laissant aux États membres que très peu de marge de manœuvre pour préserver, par exemple, des dispositions nationales offrant un niveau de protection supplémentaire aux consommateurs¹⁶. Sur un plan plus général, tant l'idée d'égalité entre les citoyens européens (et les opérateurs économiques) que l'application uniforme, l'effectivité et l'efficacité du droit de l'Union battent en brèche le recours à un seul cadre de référence ; le parti pris par les différents projets (jusqu'à celui du groupe d'experts et la proposition de règlement) montre d'ailleurs que l'on est loin d'un texte ouvert. C'est au final bien un tel objectif que semble poursuivre la Commission, le seul compatible avec l'idée de marché intérieur¹⁷. Cette dernière porte en germe l'uniformité sinon l'unité du droit des contrats parce que seule cette dernière est de nature à supprimer les incertitudes nées de la diversité des droits. À cet égard, le parti un temps pris par les autorités communautaires d'un code européen des contrats « *à texture ouverte* »¹⁸, la substitution de l'expression « cadre commun de référence » au terme de code, – manifestant au demeurant la prise en compte de la diversité des droits nationaux¹⁹ et, partant, d'une part irréductible d'indéterminabilité des règles²⁰ – pouvait ne pas convaincre : on peut s'interroger sur le point de savoir si derrière ces termes prudents, l'objectif n'était pas d'unifier ou d'uniformiser.

14 À propos de la directive relative aux produits défectueux, CJCE 25 avril 2002, aff. C-52/00, *Com. c/France* (pt 14).

15 Dans son Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs (COM(2007) 744), la Commission relevait d'ailleurs que la marge de manœuvre laissée aux États par les directives d'harmonisation minimale, dont ils avaient fait largement usage, maintenait des disparités préjudiciables à l'établissement du marché intérieur (pt 3.2) et proposait entre autres possibilités, une harmonisation totale, éventuellement complétée par une clause de reconnaissance mutuelle pour les aspects couverts mais ne faisant pas l'objet d'une telle harmonisation (4.5).

16 Ainsi en est-il de la directive relative au crédit aux consommateurs (Dir. 2008/48 du 23 avril 2008).

17 Si l'on s'inscrit dans la logique de la Commission, même la clause de reconnaissance mutuelle, parce qu'elle prend acte des divergences résiduelles après harmonisation, y compris totale, laisse subsister des incertitudes sur le contenu du droit applicable (du côté tout spécialement des consommateurs puisque cette clause empêcherait d'invoquer les dispositions plus protectrices du consommateur) susceptibles de dissuader certains opérateurs économiques de profiter de toutes potentialités du marché intérieur.

18 A. CHAMBOREDON, « La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats », *Clunet* 2001, 1.

19 Sur cette perspective, M. NADAUD, *La diversité des méthodes d'intégration juridique européenne dans le domaine du droit des contrats. Étude de l'organisation de l'espace normatif européen du contrat*, thèse Toulouse I, 2010, n°16 et s.

20 En ce sens S. GLANERT, *De la traductibilité du droit*, Dalloz, 2011, 341. Cette substitution peut aussi avoir des raisons politiques, l'emploi du terme de « code » ayant pu susciter l'opposition des juristes nationaux, en particulier français.

Malgré tout, ces doutes ont sans doute pesé sur la Commission qui, pour des raisons politiques²¹, en se fondant sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité²², a choisi de faire de son futur règlement, un instrument optionnel. L'existence d'une option manifeste un souci d'unifier et à cet égard ce projet, s'il aboutit, ne représente sans nul doute qu'une étape dans cette voie. En même temps, ce caractère optionnel permet de conserver à l'instrument une flexibilité, les contractants pouvant choisir ou non d'appliquer l'instrument. Il convient cependant de bien mesurer la portée de cette option, notamment quant à la partie au contrat à laquelle elle appartient ; si l'on peut imaginer que dans le cas d'un contrat entre deux professionnels, l'application de l'instrument sera négociée, qu'en sera-t-il pour les relations de consommation ? Le consommateur qui voudrait contracter avec un professionnel étranger, aura-t-il le choix de préférer son droit national, après que les explications sur l'instrument lui auront été fournies par le professionnel ? Ou aura-t-il seulement une option entre contracter sous le régime du droit européen de la vente et ne pas contracter ? Autrement dit, l'option se traduira-t-elle du côté du consommateur, seulement par l'adhésion ? À cette question, la proposition de règlement, qui prévoit pourtant les modalités d'information et d'expression du choix avec un luxe de détail qui manifeste à l'envi le souci de la Commission de ne pas laisser de place sur ce point aux interprétations divergentes, n'apporte pas de réponse si ce n'est que le choix doit être conscient et éclairé²³ ; mais « conscient » ne signifie pas volontaire. De manière plus générale, le risque pour la viabilité d'un tel instrument est aussi, si l'incertitude quant au sens et au contenu de ses dispositions est trop grande, de voir les cocontractants s'en détourner, pour préférer le droit national, dont le contenu est à tout le moins déterminable avec un degré suffisant de certitude.

Car l'unité, l'uniformité, la déterminabilité totalement maîtrisée d'un droit européen des contrats est une illusion, à la fois pour les autorités et pour les opérateurs économiques²⁴. L'une des causes essentielles de cette part d'indétermination dans le contenu du droit européen des contrats réside dans la langue et la traduction, toutes questions que l'on peut rattacher celle, plus générale, de l'interprétation de l'instrument.

Les rapports entre langue et droit sont traditionnellement peu mis en avant²⁵ et surtout largement sous-estimés. De surcroît, au moins dans les cercles

21 Si au terme de « code », a été substituée par la suite l'expression « cadre commun de référence », la proposition de règlement n'évoque qu'un « droit commun européen de la vente ».

22 Prop. de règl., Exposé des motifs, 10.

23 Cf. Prop. règl., cons. n°22 et 23.

24 D'autant plus grave qu'elle peut conduire à les tromper : ils croiront le droit identique alors qu'il ne le sera pas ; le recours aux règles de conflit permet au moins d'anticiper une irréductible part d'indétermination.

25 Parmi les travaux classiques en France on citera *Le langage du droit – Archives de Philosophie du droit*, Sirey, 1974, J.-L. SOURIOUX, P. LERAT, *Le langage du droit*, PUF, 1975 et bien entendu, l'ouvrage de G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2^e éd., 2000 ; v. aussi, N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999. Cette question en lien avec celle de la traduction, semble cependant susciter un intérêt nouveau, comme en témoignent plusieurs travaux récents ; ainsi, S. GLANERT, *De la traductibilité du droit*, Dalloz, 2011 ; F. OST, *Traduire, défense et illustration*

internationaux, les ambiguïtés qui en résultent résultant peuvent être recherchées comme le moyen de parvenir à un compromis²⁶. Certes, depuis les origines, la Communauté européenne est confrontée au défi de la diversité linguistique et de l'égalité entre les langues officielles des différents États qui la composent. La prise en compte de cette diversité s'est traduite sur un plan symbolique par la « Journée européenne des langues »²⁷, et sur le plan du droit par l'affirmation dès le premier règlement de 1958²⁸, de l'égalité des langues officielles de tous les États membres. Cette diversité linguistique est aussi évoquée par la Charte européenne des Droits fondamentaux dans son article 22, qui énonce que « *l'Union respecte la diversité [...] linguistique* », et par l'article 3 §3 TUE qui prévoit que l'Union « *respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique* ». Les difficultés qui en résultent ne sont certes pas méconnues²⁹ ; la question de la langue a déjà été envisagée d'une part dans les précédents documents de la Commission³⁰ et d'autre part dans le cadre de l'élaboration des projets d'instrument européens en droit des contrats, en particulier des PDEC et du PCCR³¹. De ce point de vue, le texte qui pourrait sortir de la proposition de règlement suivra les arcanes du processus auquel obéissent tous les textes communautaires.

Mais s'agissant d'un texte d'une telle ampleur, la question de la langue – ou des langues – dans laquelle il est rédigé, question fondamentale³² (surtout dans la

du multilinguisme, Fayard, 2009 (ouvrage non centré sur la traduction du droit même si elle y occupe une part importante). La *Revue française de Linguistique appliquée* a consacré un numéro en 2011 à Langue et droit : terminologie et traduction. V. aussi C. GREWE, « Entre la tour de Babel et l'esperanto : les problèmes du (des) langages du droit comparé », *Liber amicorum J.-C. Escarras*, Bruylant 2005, 115 ; A. CHAIGNEAU, « La traduction et les sources écrites du droit », *LPA* 6 juillet 2010, n°133, 4.

26 V. à propos de ces « ambiguïtés constructives » not. J.-C. PIRIS, « Union européenne : comment rédiger une législation de qualité dans 20 langues et pour 25 États membres », *RDP* 2005, 475, n°15. S. TAYLOR, « *The European Union and National Legal Languages: an awkward Partnership* », *RFLA* 2011, XVI-1, 112.

27 On peut cependant considérer que cette journée ne fait en définitive que refléter la suprématie de quelques-unes d'entre elle (et même quelqu'une), tout comme la journée de la femme constitue le révélateur des inégalités persistantes entre hommes et femmes.

28 Règl. 1/58 du 15 avril 1958 portant fixation du régime linguistique de la Communauté Économique Européenne, JOCE n°17 du 6 octobre 1958, 385.

29 Ainsi, le *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs au sein des institutions communautaires* consacre-t-il une Ligne directrice (n° 5) aux contraintes de rédaction liées à la diversité linguistique.

30 V. en particulier COM(2003) 68 pt 92 (qui indique que l'instrument prévu sera disponible dans toutes les langues communautaires – de l'Union), les suites à la réaction du Parlement, prévoyant la création d'une base de données sur les législations et jurisprudences nationales dans toutes les langues de l'Union (p. 33) et enfin COM(2004) 651, pt 3.2.3 qui envisage la traduction du CCR dans toutes les langues de l'Union, aux fins de recueillir les réactions des parties prenantes et de tenir compte des éventuelles divergences des versions linguistiques « *de manière que le texte définitif soit identique et parfaitement intelligible dans toutes les langues* ».

31 *Infra*.

32 En ce sens, à propos des questions de traduction, cf. S. WHITTAKER, « The Elaboration of the Common Frame of Reference: Translating the "Tool-box" », *RDC* 2009/2, 807.

perspective qui semble se dessiner d'un règlement, même optionnel) mérite d'être mise en exergue. Droit et langue ne peuvent être détachés; ce sont des phénomènes culturels, entre lesquels existent des interactions³³. En ce sens le choix de la ou des langues de rédaction de l'instrument ainsi que ses traductions conditionnent pour partie la déterminabilité de son contenu. De surcroît, quand bien même une totale identité des différentes versions linguistiques de l'instrument pourrait être atteinte³⁴, il ne s'agit pas d'un simple travail académique, encore moins dès lors qu'il serait repris sous la forme d'un règlement voire d'un autre type d'acte législatif; il est destiné à recevoir des applications concrètes et, dès lors à être interprété, ce qui représente une autre source de divergences et donc d'indéterminabilité de son contenu³⁵.

Il faut donc accepter les divergences et la flexibilité, une indétermination du contenu d'un tel instrument, mais cette acceptation est contraire à l'idée même d'un droit unifié³⁶ et même à la seule perspective envisagée de la disparition des obstacles nés de la différence des droits, peu important le moyen employé. En fait, cette indétermination apparaît tant au moment de l'élaboration de l'instrument qu'à celui de son application.

I - I^{er} Moment d'indétermination : élaboration

Le choix (critiquable) d'une rédaction en une seule langue paraît fait; mais se pose aussi la question du choix des mots, spécialement dans la perspective de la traduction du texte dans les autres langues de l'Union.

A) Choix de la langue

«L'Europe pense en plusieurs langues»³⁷. Malgré tout, l'uniformisation s'accommode mal du plurilinguisme³⁸. C'est une difficulté méthodologique essentielle à laquelle se trouve confrontée l'Union européenne³⁹ et plus précisément ici, ceux qui sont amenés à élaborer un instrument européen en droit des contrats. La diversité linguistique et l'égalité entre toutes les langues officielles des États membres, affirmée par le règlement 1/58 imposent *a priori* une élaboration,

33 Le droit étant lui-même un langage. Sur la vision du droit comme langage commun en Europe, «compris et partagé par tous», par opposition aux différences linguistiques et culturelles, cf. J.-M. JACQUET, «Les juristes de l'Union. Aperçu sociologique», JCP G 2011, Etude 1297. Mais en tant que langage, le droit repose sur la culture...

34 Ce qui est l'ambition exprimée par la Commission (cf. COM(2004) 651, pt 3.2.3). Horizon cependant inatteignable comme en témoignent les divergences qui peuvent exister (à une échelle plus modeste) entre les différentes versions linguistiques des directives (cf. not. à propos de la directive 85/374 du 25 juillet 1985, relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, S. TAYLOR, *op. cit.*, 109).

35 V. à propos du projet de code du Pr von Bar, P. LEGRAND, «Antivonbar», *Journal of Comparative Law* 2005/1, 26.

36 V. à propos de la CVIM, la position du Pr Witz et sa réfutation par S. GLANERT, *op. cit.*, préc., 324.

37 F. OST, *op. cit.*, 371.

38 Cf. J.-S. BERGÉ, S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, PUF, 2008, n°52.

39 V. sur un plan général, A. FENET, «Diversité linguistique et construction européenne», *RTDE* 2001, 235.

une corédaction dans ces diverses langues⁴⁰. Cette méthode supposerait un travail gigantesque pour un résultat qui serait sans doute loin d'être satisfaisant, maintenant des ambiguïtés pas toujours constructives. La corédaction peut être limitée à quelques langues. Les méthodes de rédaction des textes communautaires font apparaître que la rédaction se déroule en général dans l'une des langues dominantes (anglais, français⁴¹), avec la prise en compte à différents stades de l'élaboration du texte, des nécessités d'une traduction dans les autres⁴². Ce n'est donc d'ores et déjà pas, pour des textes de moindre ampleur, une vraie corédaction qui s'impose mais un plurilinguisme limité⁴³. À cet égard, différents modèles peuvent être invoqués. Non pas le modèle américain, pourtant invoqué par les autorités communautaires (notamment l'UCC) ; certes, ce texte (dont la rédaction n'est pas l'œuvre des pouvoirs publics) a été repris dans tous les États fédérés ou presque⁴⁴, mais avec parfois des variantes, malgré tout destinées à tenir compte des particularismes locaux. Et aux États-Unis, si les règles sont différentes, il existe, à la différence de l'Union européenne, une unité éventuellement conceptuelle et surtout linguistique⁴⁵ ; les textes sont rédigés dans une seule langue. Pas davantage n'apparaissent pertinents les modèles suisse ou belge⁴⁶ : à l'inverse, si la diversité linguistique existe, elle n'est pas assortie d'une diversité dans les traditions juridiques. Or c'est bien à une double difficulté que se trouve confrontée l'Union européenne : la diversité linguistique s'accompagne de celle des modèles juridiques. Dès lors, le pays étranger le plus propre à fournir une référence à l'union européenne est sans doute le Canada. Dans ce pays, la recherche d'identité entre les différentes versions linguistiques des droits est poussée extrêmement loin car vue comme une nécessité au regard de l'égalité entre les citoyens. Certes cette méthode de corédaction n'est pas applicable à grande échelle dans l'Union, pour les raisons que l'on a dites (on s'orienterait plutôt vers une corédaction restreinte), certes ses résultats ne doivent pas être idéalisés⁴⁷, mais elle offre indéniablement de meilleures possibilités de prise en compte de la diversité linguistique et culturelle des droits européens⁴⁸,

40 Cf. Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », *D.* 2002, 2202, n°15.

41 Avec une très nette perte d'influence du français (sans parler de l'allemand) ces dernières années. Pour des chiffres, cf. S. GLANERT, *op. cit.*, 344. V. aussi A. FENET, *op. cit.*, 247. Signe de cette domination, la Direction générale de la traduction de la Commission édite un « *English style guide* », Manuel à usage des rédacteurs et traducteurs, notamment de ceux dont l'anglais n'est pas langue maternelle.

42 Sur ce point, J.-C. PIRIS, *op. cit.*, n°10.

43 Cf. A. FENET, *op. cit.*, 247 et 261.

44 v. Livre vert, 7-8.

45 Cf. E. TRUILHÉ, *Vers un droit communautaire des contrats*, thèse Aix-Marseille, 2002, n°30.

46 Sur la Belgique, v. H. J. KOCKAERT & F. STEURS, « Un outil de gestion terminologique pour la traduction juridique en Belgique : état des questions et perspectives », *RFLA* 2011, XVI-1, 93 et s.

47 Cf. *infra*.

48 Également L. FIN-LANGER, *op. cit.*, 61. Pour la défense d'un « plurilinguisme rationnalisé », A. FENET, *op. cit.*, 260 et s.

permettant une réflexion approfondie sur le sens des termes et une « *pollinisation croisée* »⁴⁹, une meilleure osmose des concepts et des règles.

Or ce n'est pas cette méthode qui est utilisée l'élaboration d'un instrument européen de droit des contrats. En dehors des PEDC, une seule langue, l'anglais, a été employée pour élaborer, rédiger en particulier le DCFR⁵⁰. Les travaux du groupe d'experts désignés par la Commission ont été diffusés en anglais, tout comme l'étude d'impact de la Commission. Cette circonstance, pour ce qui apparaît comme un document de travail de cette dernière, en dit long sur la langue dans laquelle la proposition de règlement a été rédigée. À ce premier indice, il faut en ajouter d'autres. Si le texte a tout d'abord été mis à disposition dans trois langues (anglais français, allemand), certaines malfaçons, en particulier du texte français, laissent supposer que ce dernier n'est qu'une traduction de l'anglais⁵¹, marque supplémentaire de sa promotion de fait au rang de « *langue juridique commune en Europe* »⁵². Le choix de cette langue⁵³ au détriment des autres (même en tant que langues secondes), notamment le français, obéit à diverses considérations pratiques⁵⁴ mais aussi plus symboliques : l'anglais apparaîtrait comme la langue de la modernité⁵⁵. Outre son rôle comme la langue véhiculaire y compris au niveau international, l'anglais présenterait aux yeux de ses promoteurs en tant que langue commune, l'avantage d'être très peu conceptuel⁵⁶, en tant que langue d'abord utilisée par des praticiens. On peut y voir aussi une dernière raison : la Commission caresse l'ambition de voir le texte adopté au niveau européen appliqué dans les relations vers les États tiers⁵⁷, voire repris par d'autres organisations internationales⁵⁸ ; rédiger le texte en anglais lui paraît sans doute de nature à en favoriser la diffusion internationale.

Indépendamment du fait que l'anglais se soit imposé, le recours à une langue unique comme langue de rédaction d'un texte aussi important correspond à une

49 J.-C. GÉMAR, « Aux sources de la « jurilinguistique » : texte juridique, langue et culture », *RFLA* 2011 XVI-1, 15.

50 Sur ce point, DCFR, Introduction, pt 38.

51 V. not. dans la proposition de règlement la notion de « *commercial guarantee* » n'est pas traduite si sa définition l'est (Prop. art. 2, s). L'article 35 §2 de l'Annexe I de la proposition n'est même pas traduit en français (mais l'est en allemand).

52 O. MORÉTEAU, « L'anglais pourrait-il devenir la langue juridique commune en Europe? », *Les multiples langues du droit européen uniforme*, R. Sacco, L. Castellani (dir.), L'Harmattan, 1999, 151 et s.

53 Pas seulement d'ailleurs dans les textes. Désormais beaucoup d'informations du site internet de l'Union européenne (en dehors même du secteur de la concurrence où le phénomène existe de fort longue date, cf. J.-B. BLAISE et L. IDOT, *RTDE* 2003, 699 n°172) ne sont disponibles qu'en anglais, y compris dans des domaines qui intéressent directement le citoyen ou le consommateur (sur ce point, C. PRIÉTO, « Recours collectifs : une quête d'harmonisation... au sein de la Commission », *RTDE* 2011, 1).

54 Sur lesquelles, S. GLANERT, *op. cit.*, 343 et s ; F. Ost, *op. cit.*, 362.

55 M. LAFITTE, citée par S. GLANERT, *op. cit.*, 344.

56 cf. O. MORÉTEAU, *op. cit.*, 151. Pour une réfutation de ce point de vue, v. *infra*.

57 Puisqu'il suffit que l'une des parties ait sa résidence habituelle dans un État membre pour que le règlement futur puisse s'appliquer (V. prop. Règlement, art. 4).

58 COM(2010) 348, 4.

« triste utopie »⁵⁹, en ce qu'elle manifeste la volonté de tout réduire à un modèle uniforme. « *L'ennui naquit un jour de l'uniformité* », suivant la formule bien connue d'Houdar de la Motte. Cette uniformité emporte en effet avec elle une perte de richesse, celle apportée, au travers de leur propre langue, par les autres modes de pensée, les autres notions véhiculées par les différents droits. La langue comme le droit traduit une représentation du monde⁶⁰. Le fait de rédiger dans une seule langue conduit inévitablement à restreindre le champ des représentations auxquelles on se réfère. La formulation de la règle de droit est à cet égard tributaire de la langue choisie⁶¹. Le choix de la rédaction en une seule langue opérée par les rédacteurs des divers projets et proposition correspond en fait à une approche fonctionnaliste de la langue⁶², dépouillée de tout aspect culturel, réduite à un simple media, un esperanto sans âme, un *pidgin English*⁶³. Il coïncide avec une vision réductrice du droit de l'Union, conçu comme devant véhiculer les seules valeurs du Marché⁶⁴. Cette vision n'est cependant pas sans limites : la langue comme le droit sont de manière irréductible, porteurs de valeurs qui irriguent malgré tout les textes.

Par ailleurs, la rédaction du texte en une langue étrangère pour la majorité des Européens, risque de conduire à son rejet, l'instrument étant perçu comme étranger ce qui rendrait illusoire toute appropriation par les citoyens destinataires. La nécessaire accessibilité du droit impose que le texte existe dans différentes versions linguistiques⁶⁵. Dès lors, une traduction s'impose. Mais alors peut-on être certain que les textes qui en résulteront seront identiques ?

B) *Choix des mots*

Un instrument multilingue s'impose, pour des raisons de « *clarté suffisante pour l'utilisateur moyen* »⁶⁶ ; c'est d'ailleurs ce qui ressort des différentes communications de la Commission⁶⁷. Si l'on veut que le consommateur en particulier « profite » de toutes les virtualités du marché intérieur, encore faut-il que les informations pertinentes (et pas seulement le droit d'ailleurs), soient accessibles dans sa propre langue⁶⁸. Il n'est pas indifférent à cet égard de noter que la Cour

59 F. OST, *op. cit.*, 362.

60 À propos du droit, cf. A. RABAGNY, *L'image juridique du monde, apparence et réalité*, PUF, 2003 ; comp. F. OST, *op. cit.*, 399.

61 Cf. à propos du droit européen, S. GLANERT, *op. cit.*, 296.

62 Pour une critique de cette approche, v. *infra*.

63 A. SUPLOT, « Homo juridicus ». *Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Ed. du Seuil, coll. Points, 29.

64 A. SUPLOT, *op. et loc. cit.* Et sur le droit des contrats comme instrument du marché, *Ibid.*, 144.

65 Cependant on a pu souligner qu'à supposer que le droit de l'Union soit rédigé en une seule langue, des problèmes continueraient de se poser en raison des différences de culture juridique (cf. J.-C. PRIS, *op. cit.*, n°4).

66 Livre vert p. 9.

67 COM(2003) 68 ; COM(2004) 651 ; COM(2010) 348, pt 4.1.

68 La proposition de règlement comporte d'ailleurs quelques dispositions relatives à la langue du contrat : v. annexe I, art. 24 §3 d, 61, 76. L'information sur l'application du droit commun de la vente devant lui être fournie dans sa langue. Dans le même esprit, la directive du 25 octobre 2011 (préc.) réserve la possibilité pour les Etats membres de maintenir ou d'introduire dans leur droit

de justice fait de la langue un critère des « activités dirigées », pour l'application de l'article 15 §1^{er} c) du Règlement Bruxelles I⁶⁹. Ainsi, rédigé en anglais, le DCFR a-t-il vocation à être traduit dans les diverses langues de la Communauté⁷⁰, le texte définitif devant être « *identique et parfaitement intelligible dans toutes les langues* »⁷¹. On peut supposer que le texte d'un instrument européen de droit des contrats⁷² devra au final répondre aux mêmes exigences, au demeurant posées pour l'ensemble des textes adoptés par l'Union⁷³. L'idée étant que chacun pourra se fonder sur le texte dans sa propre langue, ce qui lui évitera les coûts⁷⁴ liés à la compréhension d'une législation rédigée dans une langue étrangère. Pour autant, cette volonté d'identité repose pour une bonne part sur une présomption d'équivalence voire une fiction. L'on ne s'attardera pas sur la question du choix du traducteur ; il est traditionnel dans l'Union que celle-ci se réserve la traduction des textes qu'elle émet. Seule importe donc la méthode.

Traduire un texte peut répondre à différents objectifs, notamment décrire ou prescrire⁷⁵. Dès lors que l'objectif est celui d'un instrument – optionnel ou non –, destiné à régir les contrats, sa traduction répond à cette seconde fonction. Les exigences sont donc différentes de celles qui gouverneraient, en droit comparé, une simple description des différents droits existants. Or les principaux travaux jusqu'à la proposition de règlement, ayant été rédigés et donc pensés dans une langue, l'équivalence des versions paraît illusoire.

Certes, il est avancé que la langue est ici utilisée de manière purement fonctionnelle, le choix de l'anglais, considéré comme une langue peu conceptuelle,

national, des exigences linguistiques en matière d'information ou de clauses contractuelles (v. cons. n°15 et art. 6 §7).

69 CJUE 7 décembre 2010, aff. jtes C-585/08 et C-144/09, *Pammer et Hotel Alpenhof*, (pt 84) : JCP G 2011, 129, note L. d'Avout ; Europe 2011, comm. n°96, obs.L. Idot ; Rev. crit. 2011, 414 note O. Cachard ; à noter que dans leur déclaration conjointe du Conseil et de la Commission reprise au considérant n°24 du règlement « Rome I », la langue et la monnaie ne constituent pas des éléments pertinents aux fins d'apprécier s'il y a activité dirigée ; la Cour estime que cela ne vaut que dans l'hypothèse où cette langue serait celle habituellement utilisée dans l'État d'établissement du professionnel ; le fait d'offrir le choix au consommateur de la langue peut *a contrario* être un indice permettant de considérer qu'il y a activité dirigée.

70 Même s'il reprend certains aspects des PDEC dont la méthode d'élaboration prenait davantage peut-être en compte la diversité linguistique cf. D. Tallon, « Le choix des mots au regard des contraintes de traduction », *Les mots de la loi*, préc., 31-32. V. pour une traduction française, J. GHESTIN, *Traduction française des trois premiers livres du DCFR*. Voir aussi les travaux de l'Association Capitant, *Terminologie contractuelle commune – Projet de Cadre commun de référence*, Editions de la SLC, 2008 ; *Principes contractuels communs – Projet de Cadre commun de référence*, Editions de la SLC, 2008.

71 COM(2004) 651, 14.

72 Dans l'hypothèse (qui semble se profiler) où l'on dépasserait la simple publication des travaux du groupe d'experts.

73 Guide pratique commun préc. Il est souligné d'ailleurs que l'acte doit être ressenti « *non pas comme une traduction – dans le mauvais sens du terme –, mais comme un texte respectant un certain style normatif* » (pt 5.4). Les rédacteurs sont appelés à tenir compte des remarques des traducteurs (pt 5.5.2).

74 Cf. COM(2010) 348, 7.

75 Sur ces objectifs, cf. S. GLANERT, *op. cit.*, *passim*.

pouvant aussi en partie s'expliquer par cette raison⁷⁶. Ce fonctionnalisme ne touche d'ailleurs pas que la langue mais aussi le droit – ou les règles de droit, ce qui n'est pas un hasard et manifeste une fois de plus, en creux, les liens unissant droit et langue.

S'agissant de la conception d'un instrument européen, il est concevable de recourir à des mots entièrement nouveaux⁷⁷, ou des mots dépourvus de sens juridique⁷⁸, ce sens devant ensuite leur être donné de manière autonome. Cette méthode n'est pas sans analogie avec ce que serait le recours à une langue tierce telle le latin. Elle permet plus facilement d'envisager l'attribution d'un sens propre aux termes ainsi choisis. L'intérêt est évidemment d'éviter toute « contagion » du droit national rédigé dans la langue choisie et c'est pourquoi certains travaux menés ont mis en avant cette technique, comme permettant d'assurer l'autonomie de la norme ainsi élaborée. C'est la conception retenue dans le DCFR, notamment⁷⁹ ; la proposition de règlement se ressent aussi de cette méthode. À l'inverse, ce choix a aussi pour conséquence d'isoler l'instrument et d'éviter la contagion des notions en dehors de son champ d'application⁸⁰.

Il est aussi possible de recourir, en particulier pour les termes auxquels un substitut est difficilement envisageable (on peut penser au terme « contrat »), au terme juridique mais de l'employer, dépouillé du sens qu'il revêt dans la langue choisie, pour lui conférer un sens propre à l'instrument. Cette neutralisation des concepts n'est pas sans rappeler la novlangue de 1984⁸¹. Elle conduit à un appauvrissement, un affadissement de la langue juridique⁸² choisie comme « langue apéritrice »⁸³, affadissement susceptible de frapper aussi les langues de traduction, et un appauvrissement de la pensée juridique.

La ressource pour redonner sens à cette novlangue vient d'abord des interprètes nationaux. Le langage juridique – comme la langue en général – est forgé par l'histoire dans chaque pays et s'il n'est pas immuable, du moins le modifier ou y ajouter suppose de fortes raisons⁸⁴. Et cette modification ou ces ajouts supposent un effort d'adaptation pour les interprètes⁸⁵ qui n'auront pas *a*

76 Cf. *supra*.

77 Ce n'est pas la méthode la plus fréquemment utilisée car elle encourt le reproche de constituer un « euro langage » ou un « jargon européen » (Cf. J.-C. PIRIS, *op. cit.* n°4).

78 Cf. C. VON BAR, « Le groupe d'études sur un code civil européen », RIDC 1-2001,136 (qui prône le recours à des mots nouveaux et faciles à retenir).

79 Cf. S. WHITTAKER, *op. cit.*, 802.

80 C'est d'ailleurs la solution, souvent utilisée par les législateurs nationaux pour la transposition des directives, qui consiste à les transposer « à côté » des dispositions nationales existantes (cf. sur ce point, S. WHITTAKER, *op. cit.*, 798), en particulier pour assurer le maintien de ces dernières lorsqu'elles sont plus favorables à certains intérêts, notamment ceux des consommateurs. Cette préoccupation est prise en compte par la proposition de règlement, essentiellement sous l'angle des règles d'interprétation (cf. *infra*).

81 Référence devenue presque un poncif.

82 D. TALLON, *op. cit.*, 33.

83 G. CORNU, *op. cit.*, n°2.

84 Cf. C. PERELMAN, *Logique juridique*, reprint, Dalloz 1999, n°56 bis. M.-J. CAMPANA, « Vers un langage juridique commun en Europe », *Les multiples langues*, préc., 23.

85 Indépendamment de la question du coût de l'incertitude, *infra*.

priori de références dans lesquelles puiser, pour attribuer un sens au terme utilisé. Du coup, il n'est pas évident que le recours à des termes existants mais pourvus d'un sens nouveau, suffise à conjurer toute tentation de ces derniers d'y rechercher leurs propres références⁸⁶. Compte tenu de la faiblesse de la tradition européenne en la matière, ce processus sera longtemps source d'incertitude; les références restent et resteront longtemps nationales⁸⁷. Ainsi employer à l'image de la CVM, le terme « exonération » – « exemptions », dans la version anglaise⁸⁸ – ⁸⁹ n'empêchera pas forcément un interprète français de voir dans le mécanisme ainsi décrit la force majeure⁹⁰ ou un Anglais, la « *frustration* » ; il en ira de même de l'emploi de termes tels qu'anéantissement du contrat, qui renverra selon le juge (et les cas) à l'idée de nullité, de résolution ou de résiliation, de caducité etc.⁹¹. Et spécialement pour l'interprète de la langue apéritrice, formé dans un droit où le vocable n'a pas de sens dans la langue du droit, cette neutralité peut aussi être source d'incertitude⁹². La traduction est la pierre de touche de cette approche car toute traduction est une interprétation. À cet égard la rédaction de l'instrument suppose de naviguer entre deux écueils : l'indétermination et la trop grande précision.

L'emploi de termes « neutralisés » devrait rendre possible une identité des différentes versions linguistiques de l'instrument. Or dépourvu de toute référence, le traducteur pourra être tenté de conférer aux termes employés, un sens qui n'était pas forcément celui voulu par ses utilisateurs, notamment parce que formé dans un système juridique, il aura le réflexe d'y puiser pour rechercher un équivalent dans sa langue. L'indétermination du sens à prêter aux mots peut conduire le traducteur à le figer à l'occasion de la traduction⁹³. Cette limite est d'ailleurs perceptible au Canada où l'identité des versions n'est pas totalement atteinte⁹⁴.

Pour conjurer ce risque, spécialement dans la perspective de la traduction, il peut être tentant – et les rédacteurs des actuels projets y ont succombé⁹⁵ – de recourir

86 O. MORÉTEAU, *op. cit.*, 144. V. aussi, S. GLANERT, *op. cit.*, 330 et s.

87 Ainsi, si la Cour de justice confère une autonomie à certaines notions du droit communautaire, elle va en rechercher le sens dans le droit des États membres ou de certains d'entre eux. C'est d'ailleurs surtout pour constater l'existence de principes ou mécanismes communs (p.ex. l'enrichissement sans cause), sans pour autant se rattacher précisément à la conception de l'un d'entre eux.

88 La proposition de règlement emploie quant à elle les termes respectivement d'« exonération résultant d'un empêchement » et d'« excused non-performance » (Annexe I, art. 88).

89 Section IV. Les Principes UNIDROIT (art. 7.1.7) emploient d'ailleurs l'expression de « force majeure », dans la mesure justement où elle connue des droits étrangers.

90 V. not. les *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, qui procèdent de cette méthode.

91 V. de la même manière pour le concept d'ineffectivité, A. TENENBAUM, « L'élaboration d'une terminologie contractuelle commune : l'exemple de l'ordre public et des dispositions impératives », *LPA* 29 juin 2009, n°128, 11. Et V° Anéantissement in *PCCR, Terminologie contractuelle commune*, préc.

92 V. à propos du choix, dans le DCFR, des verbes exprimant une idée d'obligation (*Should/ought*) ou encore les notions d'*obligation/duty*, S. WHITTAKER, *op. cit.*, 805.

93 Cf. S. GLANERT, *op. cit.*, 190.

94 Cf. M. DEVINAT, « Le bijuridisme et le bilinguisme canadien », *RFLA* 2011, vol. XVI-1, 40.

95 L'élaboration d'une terminologie commune étant d'ailleurs au cœur du DCFR/PCCR. La proposition de règlement énonce un certain nombre de définitions et précise des notions.

non seulement à des termes nouveaux mais à leur adjoindre une définition, destinée à servir de guide à l'interprète. Ces définitions peuvent être de différente nature.

Peut tout d'abord être utilisée une définition-rassemblement : il s'agit faire rentrer toutes les notions nationales correspondantes plus ou moins sous l'étiquette commune. Elle conduit à adopter une définition large et vague. Ainsi la définition du « contrat » retenue par la directive sur les voyages à forfait : le contrat est « l'accord qui lie » le consommateur au professionnel⁹⁶ ; cette définition est proche de celle, plus élaborée cependant, retenue par le DCFR⁹⁷, qui insiste sur l'aspect de lien doté d'effets juridiques de l'accord. La définition donnée par la proposition de règlement⁹⁸ met également l'accent sur l'aspect créateur d'obligations ou « autres effets juridiques » du contrat, mais elle est infiniment plus succincte⁹⁹. Ainsi, les « contrats » définis dans les droits nationaux ne seraient que des variétés particulières du « contrat » défini par le droit européen¹⁰⁰. Ce type de définition appelle différentes remarques.

En premier lieu, de manière très générale, il reflète une conception d'un droit purement fonctionnel c'est-à-dire ramené à une technique, un mode de gestion des relations humaines¹⁰¹, ne prenant pas en compte les valeurs sociales. Le parallèle peut d'ailleurs être fait avec « l'anglais international », « neutre » qui n'est qu'un reflet de l'anglais parlé dans les pays anglophones. Le droit ainsi élaboré ne saurait être qu'un droit « de base », se bornant, s'agissant des définitions adoptées, à la recherche du plus petit commun dénominateur¹⁰². La « meilleure solution » (sur le fond) dont la recherche a animé les rédacteurs des PDEC notamment¹⁰³, n'est-elle pas (seulement) la solution la plus efficiente en termes économiques ? Des notions comme celle de licéité, de validité du contrat au regard de l'ordre public

96 Dir. 90/314/CE du 13 juin 1990, art. 2.

97 V. annexe I.

98 Art. 2 a). On peut au demeurant s'étonner de voir une définition générale du contrat figurer dans un tel instrument, qui n'est destiné à couvrir que la vente ; le contrat de vente fait d'ailleurs l'objet d'une définition distincte (art. 2, k) de même que dans la directive du 25 octobre 2011 (Dir. 2011/85, art. 2, 5°). Ces deux définitions si elles s'accordent sur l'essentiel, divergent néanmoins sur certains aspects (notamment vente sur saisie ; inclusion ou exclusion des contrats ayant pour objet à la fois des biens et des services).

99 On pourrait aussi prendre pour exemple, parmi d'autres, la notion d'offre précisée à l'article 31 de l'annexe de la proposition de règlement. Son paragraphe 3 précise qu'« une proposition faite au public ne constitue pas une offre, sauf si les circonstances montrent qu'il en est autrement ». Cette formule dit tout et son contraire dans un fourre-tout de nature à conduire à des appréciations différentes de ces fameuses « circonstances ».

100 Cf. G. ROUHETTE, « La contribution française au projet de cadre commun de référence », *RDC* 2009/2, n°4. L'existence de ce type de définitions « archétypales » est soutenue en droit international privé (sur ce point, v. D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques en droit international privé*, th. LGDJ, 2008, n° 347 et les références citées) mais elles remplissent en cette matière une fonction différente.

101 Pour une critique de cette approche en droit comparé, G. SAMUEL, « Dépasser le fonctionnalisme », *Comparer les droits, résolument*, P. Legrand (dir.), PUF, 2009, 405.

102 Cf. Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 18.

103 Cf. C. PRIÉTO, in C. PRIÉTO, J. MESTRE (dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, 12.

ou des bonnes mœurs, l'idée de légalité, s'inscrivent nécessairement dans le cadre d'un référentiel qui ne peut être qu'une loi nationale¹⁰⁴. Certes, le DCFR indique en son art. I: 102, que les règles «*doivent être lues à la lumière des instruments garantissant les droits de l'homme et les libertés fondamentales ainsi que des lois constitutionnelles en vigueur*»¹⁰⁵ ; il comporte également des dispositions interdisant les discriminations¹⁰⁶. Mais ces références, (notamment à la Convention EDH et la CEDF) peuvent-elles suffire? En clair, l'absence de toute référence à de tels guides n'empêcherait pas, par exemple, un juge français d'invalider un contrat de mère porteuse, fût-il régi par un instrument européen de droit des contrats¹⁰⁷, alors même que ce type de contrat est valable dans d'autres États de l'Union. Par ailleurs, on observera la référence faite par cet article du PCCR aux «*Constitutions nationales*». Or cette réserve faite au profit du droit national – inévitable au regard de l'insuffisance des valeurs exprimées par le droit européen –, paraît contradictoire avec l'idée d'un instrument d'unification. La proposition de règlement ne comporte au demeurant pas ce type de restrictions. Pour autant, peut-on exclure, à supposer que ce texte soit adopté en l'état, qu'un juge national prononce la nullité d'un contrat de vente qui y serait soumis, en raison de la contrariété de son objet à l'ordre public au sens où cette notion est entendue dans son droit national?

En second lieu, une définition bornée au plus petit dénominateur commun n'exclut pas que chaque interprète y fasse rentrer ce qui relève de la notion dans son droit national. Ainsi si l'on limite la notion de contrat à l'accord qui lie les parties ou qui produit des effets juridiques, rien n'empêche un juge français d'y faire rentrer le contrat unilatéral, tandis qu'un juge anglais pourra tout aussi bien l'en exclure¹⁰⁸. Certes, le DCFR en particulier fait référence au caractère bilatéral ou multilatéral de l'accord, élément de définition qui permet de distinguer le contrat de «l'acte juridique». Toutefois, ces notions ne correspondent pas nécessairement à la distinction du droit français entre unilatéral (qui ne crée des obligations qu'à l'égard d'une partie) et synallagmatique (qui en crée pour toutes les parties). Car l'on est au stade des obligations créées et donc de la relation contractuelle, et non du contrat lui-même. La proposition de règlement, il est vrai, n'encourt pas de tels reproches puisqu'elle ne reprend pas cette distinction. La définition qu'elle donne du contrat de vente¹⁰⁹, est de nature à y englober d'ailleurs certains contrats qui seraient qualifiés d'entreprise en Droit français. Malgré tout, on pourrait songer

104 Ainsi la Cour de justice a toujours laissé aux États une marge de manœuvre dans la définition ce qui relève de l'ordre public, encadrant cependant l'usage qu'ils en font (v. p. ex. CJCE 14 octobre 2004, aff. C-168/00, *Omega*, spéc. pt 31). L'absence de toute référence à l'ordre public dans un instrument de droit européen des contrats devrait d'autant plus laisser libres les États membres dans la définition et l'utilisation de cette notion, introduisant une faille dans l'unification souhaitée.

105 Trad. Association Capitant.

106 II.-2: 101 et s.

107 C. civ., art. 16-7. D'autant que l'interdiction est aussi fondée sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes. La directive du 25 octobre 2011 (préc.) réserve d'ailleurs l'application de règles nationales relatives aux «*opérations juridiques contraires à l'éthique*» (cons. n° 14 *in fine*)...

108 Cf. G. ROUHETTE, *op. cit.*, n° 4.

109 Prop. règl., art. 2, k.

à des problèmes de qualification¹¹⁰ et surtout de validité du contrat, au regard des caractéristiques que doit présenter le prix¹¹¹.

À l'inverse, il est aussi possible pour limiter les risques de divergences, de recourir à des définitions précises. Ainsi, pour éviter le recours à la notion de force majeure, on peut comme le font les PEDC¹¹², employer l'expression « *empêchement qui échappe [au débiteur] et [dont on ne pouvait] raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération, qu'il le prévienne ou le surmonte ou en prévienne et surmonte les conséquences* »¹¹³. Outre la lourdeur de la formulation, loin de la concision de l'expression existante dans les droits nationaux, qui s'apparente en définitive à une définition et rend difficile son utilisation générale, le premier réflexe risque malgré tout d'être l'assimilation à la notion de force majeure¹¹⁴ ou autre concept équivalent des droits nationaux.

Au-delà des questions stylistiques, donner un sens précis aux mots par le biais de définitions, d'une terminologie, suppose de définir les mots mêmes utilisés dans la terminologie, ceux-ci étant aussi destinés à être traduits. Or la traduction de la terminologie elle-même peut conduire à des divergences, comme l'illustrent les différences dans la notion de « dommage » entre les versions françaises et anglaises de la directive de 1985¹¹⁵. De surcroît, conférer un sens plus précis aux mots par le biais d'une terminologie est de nature à figer le sens du texte, à empêcher toute évolution, toute adaptation. De ce point de vue, il existe une différence marquée entre les méthodes de rédaction utilisées dans les droits de *Common Law* (notamment le droit anglais) et le droit français¹¹⁶, qui tient au rôle de la jurisprudence en Angleterre : le juge anglais tenu en principe par la règle du précédent, devra justifier sa décision de manière détaillée, alors que le juge français peut se contenter d'une motivation plus succincte, par le seul visa de la disposition pertinente¹¹⁷.

Cette précision n'élimine pour autant pas le recours à des « notions confuses », traditionnel dans les droits nationaux car permettant de conserver une certaine souplesse et une adaptabilité aux règles. Dans le cas d'un instrument européen en droit des contrats, comme dans celui d'une convention internationale, cette qualité n'est pas négligeable et justifie le recours quasi-inévitable à de telles notions¹¹⁸. La

110 Le juge ayant le pouvoir de requalifier le contrat (CPC, art. 12 al. 2).

111 Puisque la définition donnée par la proposition de règlement reste fort succincte : « *somme d'argent due en contrepartie du bien vendu, du contenu numérique fourni ou d'un service connexe exécuté* » (art. 2 i), ce qui ne répond pas à la question de son caractère déterminé ou déterminable, réel et sérieux, conditions en droit français de validité de la vente.

112 Art. 8 : 108 Exonération résultant d'un empêchement.

113 La CVIM retient une formule voisine sous l'expression « exonération », avec des différences selon les versions (cf. D. TALLON, *op. cit.*, 33). Les Principes UNIDROIT retiennent la même définition sous l'expression « force majeure ».

114 V. C. PRIÉTO, J. MESTRE (dir.), *préc.*, 451.

115 Cf. S. TAYLOR, *op. cit.*, 109. Différence pointée par la Commission (cf. COM(2001) 398, 11 note 18).

116 Dont les rédacteurs de textes communautaires tentent de tenir compte : cf. J.-C. PIRIS, *op. cit.*, n°26.

117 Cf. S. TAYLOR, *op. cit.*, 114.

118 C. PERELMAN, *Éthique et droit*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 808.

méthode présente de surcroît l'intérêt pour les rédacteurs de les dispenser d'avoir à se mettre d'accord sur le contenu de la notion voire de permettre l'obtention d'un accord (ambiguïté constructive)¹¹⁹. Le phénomène n'est pas étranger d'ailleurs à la construction communautaire: la flexibilité est conçue comme indispensable au développement du droit européen et que le recours à des notions vagues, tout comme aux clauses d'harmonisation minimale est de nature à faciliter l'acceptation par les États des règles d'origine communautaire¹²⁰. L'instrument devient alors un instrument à texture ouverte¹²¹, un cadre suffisamment souple pour permettre une adaptation des règles. Le recours à de telles notions vagues commet alors à l'interprète, particulièrement au juge, le soin de donner un contenu à la notion, en tenant compte éventuellement des circonstances de fait¹²². Plus la notion est vague, plus le pouvoir du juge est important, avec le risque d'en arriver à des conceptions divergentes d'un État à l'autre. Ainsi l'utilisation du standard de l'homme raisonnable, en lieu et place du bon père de famille, de l'adverbe «raisonnablement», est de nature à conduire à des appréciations divergentes, comme le montre la jurisprudence relatives au «délai raisonnable» de l'article 39 de la CVIM¹²³. Le risque est alors de faire de l'instrument un trompe-l'œil, chaque interprète pouvant prêter aux termes employés le sens qu'il souhaite, de tirer le terme dans le sens voulu par son droit national, au mépris des intentions «unifiantes» des auteurs. Les opérateurs économiques se trouvent alors confrontés au problème même qu'ils pensaient conjurer en choisissant de recourir à un instrument transnational.

Les notions floues ne sont d'ailleurs pas toujours utilisées sans garde-fou destiné à en encadrer l'usage. Ainsi en va-t-il de la bonne foi, que consacre le DCFR, tout en en restreignant l'utilisation, pour tenir compte de la défiance des pays de *Common law*, et, notamment qu'elle ne puisse être utilisée par les cours pour consacrer de nouvelles obligations¹²⁴. À l'image de ce dernier, la proposition de règlement recourt à la notion de «bonne foi». Pour en préciser le sens à destination des juristes de *Common law*, il est fait usage, à l'instar des projets antérieurs¹²⁵, de l'expression «*good faith and fair dealing*»¹²⁶. Mais dans la version française, l'appel à la bonne foi se trouve flanqué d'une référence à la «loyauté»

119 Cf. J.-C. PIRIS, *op. cit.*, n° 15; S. Taylor, *op. cit.*, 112.

120 V. S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruylant 2007, n° 129 et s., spéc. n° 133.

121 A. CHAMBOREDON, *op. cit.*, n° 51 et s.

122 *Ibid.*, n° 53.

123 V. not. H. KENFACK, «Brèves réflexions sur la Convention de Vienne», *RLDA* 2006/6, 74.

124 cf. M. BUSSANI, «Faut-il se passer du *Common Law* (européen)? Réflexions sur un code civil continental dans le droit mondialisé», *RIDC* 2010, 15 note 24.

125 Not. Principes UNIDROIT, art. 1.7. Certains auteurs (E. Poillot, D. 2010, 790) ont observé cependant que, dans l'arrêt *Messner* (CJUE 3 sept. 2009, aff. C-489/07), aux fins d'interpréter la directive 97/17, la Cour recourt aux principes du droit civil notamment «la bonne foi ou l'enrichissement sans cause», notions qui dans la version anglaise de l'arrêt reçoivent une traduction littérale («*good faith or unjust enrichment*»).

126 Qui apparaît en tant que traduction du concept de bonne foi, dans les PEDC et les Principes UNIDROIT.

(«bonne foi et loyauté»¹²⁷). Ce mouvement d'aller-retour dans la traduction d'un terme destiné au départ à mieux cerner la notion de bonne foi et à en limiter l'impact dans des droits qui la rejettent, manifeste les difficultés de traduction des concepts juridiques, même lorsque la langue choisie l'a été dans une perspective purement fonctionnelle. On peut ainsi y voir une simple maladresse de traduction, l'expression «bonne foi» incluant en droit français la loyauté. Mais l'appel à ce terme de loyauté peut aussi orienter l'interprétation – subjective ou objective – qui doit être donné de la «bonne foi»¹²⁸. La volonté de circonscrire la notion de bonne foi a également amené les rédacteurs de la proposition de règlement à en donner une définition mais qui, inévitablement, ne peut rester que floue¹²⁹. De la même manière, la proposition de règlement tente d'ailleurs de conjurer les risques de divergence liés à l'appel au concept de «raisonnable», en ébauchant un guide pour l'interprète de cette notion¹³⁰.

Au final, il apparaît bien que dès le stade de son élaboration, un instrument de droit européen des contrats risque de comporter, inhérentes à son contexte même, des divergences importantes, que son application ne fera que révéler et accentuer.

II – Deuxième moment de l'indétermination : application

Dans l'hypothèse où les projets de la Commission aboutiraient, l'instrument en droit européen des contrats qui en résulterait, même à supposer que ces règles soient idéales, serait destiné à s'appliquer et donc à être interprété dans les différents États membres et par divers organes chargés de trancher les litiges. Dès lors, l'identité recherchée entre les différentes versions du texte¹³¹ est susceptible évidemment d'être remise en cause. De manière liminaire, on peut observer que, conçu pour réduire l'incertitude, l'insécurité juridique et les coûts liés à la méconnaissance des droits étrangers¹³², un éventuel instrument en droit des contrats ne remplira pas immédiatement cet objectif. En effet, l'incertitude sur le sens des notions et dispositions aura, tout au moins dans une première période d'application d'une durée sans doute non négligeable, un coût¹³³, lié d'une part à l'incertitude et au risque d'une interprétation de l'instrument différente de celle prévue et éventuellement et d'autre part à l'allongement des procédures,

127 Cf. Prop. règl. art. 2, b. Le terme de loyauté se trouve dans certaines directives, notamment la directive 2005/29. On trouve le même phénomène dans la version allemande où l'expression classique du concept correspondant, «*Treu und Glauben*», se trouve flanquée d'une référence à l'honnêteté, la sincérité, la bonne foi, dans les relations d'affaires (*Treu und Glauben und redlicher Geschäftsverkehrs*), cette référence aux relations d'affaires étant par surcroît absente des versions française et anglaise.

128 Sur le sens de l'expression «*good faith and fair dealing*» les implications du *fair dealing*, Association Capitant, Terminologie contractuelle commune, préc. 214 et s., 237.

129 Sur les difficultés à appréhender le concept et les tentatives de «domestication», cf. Association Capitant, Terminologie contractuelle commune, préc., 214 et s., 223 et s.

130 *Infra*.

131 COM(2004) 651, 14.

132 Livre vert, 4.

133 Cf. Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°8.

surtout, si dans ce cadre est posée une question préjudicielle à la Cour¹³⁴, pour interpréter l'instrument. La variabilité de l'interprétation n'est pas la seule source d'incertitude ; une autre tient aux pouvoirs du juge national. De telles incertitudes sont prises en compte par la Commission, lorsqu'elle prévoit dans sa proposition de règlement, une procédure de réexamen du texte au bout de quatre ans¹³⁵.

A) Variabilité de l'interprétation

Dans l'interprétation d'un instrument européen en droit des contrats, le juge national a un rôle primordial. Certes, l'Union européenne est dotée d'une Cour, compétente pour interpréter un tel acte. Mais son rôle devrait rester limité. D'abord parce que la multiplication des renvois devant elle supposerait un accroissement considérable de ses moyens, afin qu'elle soit en mesure de répondre efficacement et dans des délais raisonnables aux questions posées. Pour autant d'ailleurs que les juges nationaux opèrent un tel renvoi ; car, même si le renvoi présente un caractère obligatoire, cette obligation est d'intensité variable¹³⁶ ; et l'on peut craindre que les juges nationaux confrontés à des dispositions similaires à celles existant dans leur droit national, estiment que la question n'est pas pertinente. Particulièrement s'agissant des divergences linguistiques entre deux versions du texte – d'où résulte une ambiguïté – cette ambiguïté ne sera pas nécessairement perceptible par le juge national ; se référant au seul texte dans sa langue et n'ayant dès lors pas conscience de l'existence d'une divergence, il ne renverra pas en interprétation devant la Cour de justice¹³⁷. Le projet de règlement ne met d'ailleurs pas en avant la Cour dans ce rôle ; il repose plutôt sur la diffusion des décisions de justice interprétant l'instrument¹³⁸.

On peut sans doute deviner derrière ce rôle essentiel ainsi dévolu au juge national l'écho de la perception classique dans les pays de droit civil des rôles respectifs de la loi et du juge¹³⁹, de la suprématie du droit écrit, le juge n'étant en définitive que le serviteur, la bouche de la loi. Dans cette mesure, les dispositions détaillées que comporte l'instrument, assorties de définitions, devraient conduire

134 V. *infra*.

135 Prop. règl., art. 15. Cette variabilité dans le temps étant elle-même susceptible d'engendrer une incertitude pour les opérateurs économiques.

136 On peut aussi souligner le fait que cet instrument aura vocation à être interprété par des arbitres voire, plus largement, par d'autres organes juridictionnels ou non, dans le cadre des modes alternatifs de règlements des litiges, que la Commission cherche par ailleurs à promouvoir, particulièrement pour les relations de consommation. L'annexe I de la proposition de règlement envisage d'ailleurs l'intervention de ces instances comme une cause de suspension de la prescription (art. 181 §2). Or ces instances – et particulièrement les arbitres – pourraient développer leur propre interprétation des notions, indépendamment de celle de la CJUE, et ce d'autant qu'elles ne peuvent poser de question n'étant pas considérées comme des juridictions (V. à propos des arbitres, CJCE 23 mars 1982, aff. 102/81, *Nordsee* – 27 janvier 2005, aff. C-125/04, *Denuit et Cordenier*. Ces sentences ne feront pas forcément (surtout dans les « petits litiges ») l'objet de recours devant les juridictions nationales, ouvrant la possibilité d'un renvoi préjudiciel (CJCE 27 avril 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo*). Faut-il considérer que des divergences dans l'interprétation et application de l'instrument peuvent subsister relativement aux litiges de faible importance ?

137 Cf. S. TAYLOR, *op. cit.*, 115.

138 V. *infra*.

139 Sur les incidences de cette différence de perception sur la rédaction même des textes, cf. *supra*.

à une application mécanique de la règle de droit. Or cette vision idéalisée ne résiste pas à la réalité. Il y a longtemps que dans ces pays, l'on admet que la jurisprudence est une source de droit, *a fortiori* lorsque l'on est en présence d'un texte nouveau, qu'il y a une part d'imprévisibilité et donc d'indéterminabilité dans le sens qui lui sera donné. Cette donnée est encore plus présente dans les textes internationaux puisque leur interprétation ne repose pas sur l'environnement dans lequel ils s'inscrivent ; l'emploi dans un texte national d'un terme déjà doté d'un sens, laisse supposer qu'il est employé dans le même¹⁴⁰ ; une telle technique d'interprétation est inutilisable pour les textes internationaux¹⁴¹. À l'égard de textes internationaux cependant, le risque est que le juge, formé dans un certain système, un référentiel, interprète le droit par rapport à ses propres références et concepts. Même guidé par un texte, il crée le droit et « *projette sur son interprétation de la loi, sa propre idéologie* »¹⁴². L'interprétation nationaliste des stipulations conventionnelles est un phénomène connu¹⁴³, accru par l'utilisation de standards, de notions floues¹⁴⁴.

De manière générale, le risque sera d'autant plus important que l'instrument fait appel à des termes connotés en droit interne et utilisés en particulier dans d'autres branches du droit. Il convient de ne pas négliger l'idée de « système » juridique¹⁴⁵, de cohérence du droit national. Si un terme voire une définition donnée dans le cadre du droit européen n'est pas cohérent avec la notion telle qu'elle est ordinairement reçue en droit national et le demeure en dehors de la sphère de l'instrument, le juge pour préserver la cohérence de son système juridique, déforme le sens prévu dans l'instrument. Le DCFR tient d'ailleurs compte de cette réalité et dépasse son cadre originaire pour s'intéresser également à d'autres aspects¹⁴⁶, le tout formant

140 La Cour de justice adopte la même technique d'interprétation : quoique les textes comportent systématiquement au début des dispositions comportant des définitions, la mention « aux fins de » la présente directive/règlement, elle a jugé que « *compte tenu des exigences de l'unité de l'ordre juridique de l'Union et de sa cohérence, les notions utilisées par l'ensemble [des] directives [en cause] doivent avoir la même signification, à moins que le législateur de l'Union n'ait exprimé, dans un contexte législatif précis, une volonté différente* » (CJUE 4 octobre 2011, aff. jtes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League e. a.*, pt 188).

141 La Conférence de La Haye prend cependant soin de définir les termes employés dans les différentes conventions de la même manière. Par ailleurs, on peut constater une certaine convergence dans les différents textes internationaux, en dépit de leur origine, pouvant servir de fondement à une interprétation par référence.

142 M.-J. CAMPANA, *op. cit.*, 22 ; v. aussi Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 6.

143 Cf. P. LAGARDE, « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? », *RCDIP* 1964, 235.

144 *Supra*.

145 Rapp. Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°10. La question se pose toutefois différemment selon que la nature et le champ d'application du texte. « L'étanchéité » entre droit national et instrument européen peut être préservée si le second voit son champ d'application limité aux relations transfrontières, ce qui est l'option choisie par la Commission dans sa proposition de règlement. Cependant lorsque les dispositions de l'instrument se trouveront identiques à celles d'une directive – on peut notamment songer à celles relatives à la vente (Dir. 1999/44 du 25 mai 1999, JOCE n°L171 du 7 juillet 1999, 12) ou aux droits des consommateurs (Dir. 2011/85 du 25 octobre 2011, préc. –, on ne peut pas exclure l'influence de l'interprétation des unes sur celle de l'autre (sur ce point, *infra*).

146 V. DCFR, Introduction pt 30 et 31.

une « *entité organique* »¹⁴⁷. Mais la reprise de ces aspects dans un CCR « politique » se heurte au principe de subsidiarité et de proportionnalité, en ce qu'elle peut difficilement justifier une compétence de l'Union au titre des nécessités du marché intérieur. Dans les textes ou projets de textes internationaux, figure également en général une clause par laquelle il doit être tenu compte du caractère international du texte pour son interprétation¹⁴⁸. Plus limitée dans son champ d'application que les travaux qui l'ont précédée, la proposition de règlement tente de tenir compte de cette réalité de différentes manières¹⁴⁹.

D'abord, dans le choix même opéré par la Commission d'un règlement, plutôt que d'une directive; le règlement, non sujet à transposition permet de mieux préserver l'autonomie de l'instrument, y compris dans l'interprétation de ses dispositions. De plus, l'Annexe I de la proposition comporte des dispositions relativement à l'interprétation de l'instrument, ce qui est plutôt atypique dans les actes communautaires, lesquels reposent d'une certaine manière sur une présomption irréfragable selon laquelle le texte sera interprété de la même manière; il faut aussi souligner que le rôle de la Cour de justice s'agissant de l'interprétation uniforme de tels actes est essentiel. En lien avec la mise en retrait de la Cour de justice¹⁵⁰, les articles 4 et 5 de l'annexe I de la proposition énoncent en effet des règles d'interprétation de l'instrument, dont on peut se demander si elles suffiront à garantir l'uniformité de cette dernière. Y est d'abord affirmée l'exigence d'une interprétation autonome de l'instrument dans le respect de ses finalités et « *principes sous-jacents* »¹⁵¹. L'appel aux finalités du texte rappelle évidemment l'interprétation téléologique, à laquelle recourt la Cour de justice. Mais avec ceci que le juge national ne dispose pas des mêmes moyens que cette dernière pour apprécier les finalités (la réalisation du Marché intérieur suffit-elle?) et surtout les « *principes sous-jacents* » de l'instrument. La question de ces « *principes fondamentaux sous-jacents* » était déjà posée par le DCFR¹⁵². Dans le cadre de la proposition de règlement, sans doute les considérants¹⁵³ voire les travaux préparatoires pourront-ils contribuer à leur détermination : ainsi la liberté contractuelle ou la validité du contrat... Mais l'interprétation même de tels principes est sujette à interrogation : par exemple le considérant n°32 affirme la préservation de la validité du contrat mais tempère la portée de ce principe par la formule « *lorsque c'est possible et judicieux au vu des intérêts légitimes des parties* ». Au-delà de questions stylistiques,

147 B. FAUVARQUE-COSSON, *D.* 2008, 556.

148 V. p.ex. Principes UNIDROIT, art. 1.6.

149 Le cons. n°27 de la proposition prévoit d'ailleurs le sort des matières contractuelles ou non ne relevant pas du champ du règlement et le retour pour ces questions aux règles de conflit des règlements « Rome I » et « II ».

150 Cf. *supra*. Il n'est en effet nul besoin de donner de telles indications à la Cour.

151 Prop. annexe, art. 4 §1^{er}. La formule se retrouve dans la version anglaise des Principes UNIDROIT (art. 1.6 – « *underlying principles* », « *les principes généraux dont ils s'inspirent* », dans la version française) ainsi que dans le DCFR (Introduction, pt 11 et I-102).

152 V. introduction, pt 16 et s.

153 Indépendamment des doutes sur leur portée juridique (cf. S. LEMAIRE, « Interrogation sur la portée juridique du Préambule du règlement « Rome I », *D.* 2008, 2157).

le principe paraît ainsi vidé de sa substance, de sorte qu'il serait malaisé pour le juge national d'en tirer une quelconque règle d'interprétation. Mieux encore, on pourrait voir dans la protection du consommateur un «*principe sous-jacent*» de l'instrument : en effet, le haut niveau de protection offert est l'un des arguments mis en avant par la Commission pour promouvoir l'instrument et inciter les consommateurs à l'accepter lorsqu'il leur sera proposé¹⁵⁴. Ce principe devrait conduire à une interprétation systématiquement favorable au consommateur. Pour autant, rien n'est moins sûr quand, parallèlement¹⁵⁵ est soulignée la nécessité d'un équilibre entre les droits et obligations des parties¹⁵⁶ et d'un niveau de protection du consommateur certes «*élevé*», mais pas le plus élevé. Au reste, l'instrument s'inscrit dans la perspective de l'achèvement du marché intérieur qui postule un nivellement de la protection et non pas le choix du plus haut niveau, comme en témoignent certaines directives récentes. L'idée de protection du consommateur ne s'avérerait donc pas un guide certain pour l'interprétation des dispositions ambiguës de l'instrument.

De manière plus générale, parmi les moyens dont dispose la Cour de justice pour l'interprétation des textes communautaires et la recherche de leurs objectifs et finalités, il y a la comparaison de l'acte dans ses différentes versions linguistiques de manière à déterminer le sens qu'il convient de donner à une disposition dans une langue particulière¹⁵⁷. Il ne peut être exigé du juge national (qui ne dispose pas des mêmes services de traduction que la Cour de Luxembourg) qu'il se livre à un tel travail¹⁵⁸ ; inévitablement, il sera amené à se contenter du texte dans la seule version linguistique dont il dispose, à savoir la version dans la langue officielle de son État, qu'il s'agisse de l'original (anglais, *a priori*) ou d'une traduction. Ainsi pour l'appréciation de la notion de «*profession libérale*» figurant dans la proposition d'article 5, pourrait-on, si cette disposition était maintenue sans modification, escompter qu'un juge français, quoique la notion revête une signification juridique précise mais peu pertinente en l'espèce, aille rechercher l'original anglais qui vise «*the trades or professions*» ?

Le second principe d'interprétation énoncé dans la proposition¹⁵⁹ repose également sur l'idée d'autonomie de l'instrument puisqu'il proscriit l'appel au droit national ou «*à tout autre droit*» pour les questions qui ne relèveraient

154 V. Livre vert, 10 et surtout, Prop. règl. art. 1^{er} §3. Sur les incertitudes quant à la portée de l'option pour le consommateur, cf. *supra*.

155 On peut d'ailleurs douter que l'instrument soit toujours plus favorable au consommateur que la législation nationale puisque la proposition de règlement prévoit que, dans les relations de consommation, le choix ne peut porter sur le droit commun européen que dans son intégralité (Prop. de règl. art. 8 §3), aucun dépeçage n'étant admis, «*pour éviter une application sélective de certains éléments*», risquant «*d'amoindrir le degré de protection du consommateur*» (cons. n°24). *A contrario* cela paraît signifier que certaines dispositions de l'instrument pourraient s'avérer moins protectrices qu'un droit national...

156 V. cons. n°33.

157 Pour une illustration récente de l'utilisation de cette méthode, CJUE 15 avril 2010, aff. C-511/08, *Heine*, pt 49 et s.

158 Si tant est qu'il soit en mesure de percevoir la différence (cf. *supra*).

159 Art. 3 §2.

pas directement du champ d'application de l'instrument. À certains égards, il renforcerait le caractère auto-poïétique de ce dernier puisque même des questions passées sous silence par le règlement devraient être interprétées au regard de ses finalités et principes. Ainsi en irait-il de notions qui ne feraient pas l'objet de définition. Mais on peut s'interroger sur la portée réelle de cette exclusion. Il convient de ne pas négliger l'idée de « système » juridique¹⁶⁰. Sans doute aussi une telle règle apparaîtrait trop abrupte. Une partie des règles nationales en matière contractuelle est constituée de dispositions de transposition de directives. L'appel au sens donné à ces notions et règles ne paraît pas devoir être exclu, dans la mesure où elles participent du même système juridique, quoique reposant sur des textes de nature différente¹⁶¹. Une telle exclusion peut même paraître à certains égards, paradoxale. La proposition ne fait sur un certain nombre de points que reprendre termes, expressions et règles contenus dans d'autres instruments internationaux, ce qui manifeste une certaine convergence des droits de la vente. Partant, si l'on conçoit les raisons de l'exclusion de toute référence au droit national, celle de « tout autre droit » paraît, consacrant une autonomie totale de l'instrument, de nature à l'exclure des mouvements internationaux se manifestant en faveur de l'unification du droit. Ainsi aurait-on pu songer à recourir aux solutions dégagées pour l'interprétation de la CVIM, par exemple, favorisant une convergence des différents instruments internationaux relatifs à la vente internationale. Cette convergence pourra avoir lieu mais pas de manière « officielle ».

Le troisième principe qui pourrait figurer dans l'instrument serait la règle *specialia...* Mais rien n'est précisé quant à l'origine respective des règles générales et spéciales visées. Le caractère autonome et complet du règlement postule que les deux règles relèvent de ce dernier et qu'il s'agit seulement de l'articulation de deux dispositions du règlement.

L'article 5 de l'annexe I de la proposition de règlement apporte quant à lui quelques précisions sur la manière dont doit être interprétée la notion de raisonnable, notion incertaine et, à ce titre, source potentielle de divergences dans l'application de l'instrument. Ce caractère raisonnable doit être apprécié de manière objective au regard du contrat, des circonstances qui l'entourent et des usages de l'activité en cause. Ces précisions ne paraissent pas de nature à assurer une interprétation uniforme de cette notion de raisonnable, notion floue par excellence, échappant à toute tentative de définition.

L'un des moyens sinon d'assurer une interprétation uniforme, du moins de limiter les risques de divergences – ce qui contribuera à en assurer la déterminabilité – consiste à diffuser les interprétations et applications de l'instrument. À cet égard, les banques de données (not. jurisprudentielles) ou des *casebooks*¹⁶², accessibles, et

160 V. *supra*.

161 Sur ce point, *supra*.

162 Cf. R. ZIMMERMAN, « Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé », *RTD civ.* 2007, 458.

accessibles dans la langue de tous les États membres¹⁶³, doivent être développées pour assurer une diffusion correcte de l'information¹⁶⁴. C'est dans cette direction que va la Commission lorsqu'elle prévoit, dans la proposition de règlement¹⁶⁵, l'obligation pour les États de lui communiquer les décisions définitives de leurs juridictions faisant application de l'instrument ainsi que la création d'un dispositif accessible au public, permettant de consulter ces décisions ainsi que celles de la Cour de justice. Si un tel projet de disposition paraît de prime abord répondre à l'objectif d'assurer une plus grande uniformité dans l'application de l'instrument, sa portée et son efficacité doivent être mesurées. Ainsi, le fait que la banque de données soit accessible au public paraît plutôt s'inscrire dans un objectif de promotion de l'instrument, par la réduction de l'incertitude pour les opérateurs économiques quant à la manière dont l'instrument est appliqué et du risque de les voir pour cette raison, s'en détourner au profit des règles nationales. Pour les juges, s'ils peuvent la consulter, elle ne saurait constituer au mieux qu'une source d'inspiration, au moins pour les décisions des juridictions nationales¹⁶⁶. Il ne s'agit que de prendre en compte. En tout état de cause, les décisions étrangères ne peuvent être utilisées comme des précédents, c'est-à-dire être obligatoires pour le juge national. Les États (et leurs juridictions) sont souverains. De plus, tout dépend de l'origine et du nombre de décisions rendues ; pour s'imposer l'interprétation d'une disposition devrait être celle majoritairement donnée par les juridictions supérieures des États membres¹⁶⁷. Il ne peut donc s'agir que d'un argument d'autorité, d'une tendance, qui peut ou non être suivie par le juge national dans le litige dont il est saisi. Encore faudrait-il de surcroît pour qu'un tel dispositif soit réellement efficace, que les décisions étrangères y figurent dans les différentes langues officielles de l'Union. Or il est à craindre là encore que celles-ci ne soient diffusées que dans leur langue originale ou alors traduites dans quelques langues voire une seule, l'anglais, ce qui diminuerait d'autant les possibilités pour l'interprétation et les solutions retenues de se diffuser à l'échelle de l'Union et augmenterait les risques de fragmentation, seule la Cour de justice étant alors en mesure d'y remédier¹⁶⁸. Une meilleure connaissance de l'instrument et des interprétations dont il fera l'objet suppose aussi d'importants travaux doctrinaux et leur diffusion dans l'Union voire dans les États tiers mais aussi des efforts dans la formation des juges et des auxiliaires de justice.

163 Ce qui pose à nouveau la question des divergences liées aux imprécisions de l'instrument ; en même temps, l'existence de telles bases de données permettra-t-elle de mettre en évidence de telles différences.

164 COM(2003) 68, 33.

165 Art. 14.

166 Il en va évidemment différemment des arrêts de la CJUE, qui s'imposent à eux, à peine pour l'État d'encourir une condamnation en manquement.

167 Cf. P.-Y. GAUTIER, « Inquiétudes sur l'interprétation du droit uniforme international et européen », *Mélanges Lagarde*, Dalloz 2005, p. 331.

168 Dans sa communication de 2003, la Commission évoquait la création (pour 2004) d'une banque de données relative aux droits nationaux, dont les informations auraient été disponibles dans toutes les langues de l'Union (COM(2003) 68, 33).

L'uniformité d'application est tributaire de l'uniformité dans l'interprétation de l'instrument ; elle l'est aussi de l'unité dans les méthodes d'interprétation des contrats.

B) Variabilité des pouvoirs des juges nationaux

L'application uniforme de l'instrument est aussi tributaire de règles nationales entourant le contrat susceptibles de s'imposer au juge ou à tout le moins d'être appliquées par lui en toute bonne conscience ; c'est principalement le cas des règles d'interprétation des contrats et de prescription¹⁶⁹.

Les règles régissant l'interprétation des contrats peuvent être très différentes d'un État à l'autre. Ainsi est-il classique d'opposer sur ce point le droit allemand et le droit français : l'interprétation du contrat en droit allemand se fonde en principe¹⁷⁰ sur la volonté déclarée¹⁷¹, la lettre, alors qu'en droit français, le juge doit rechercher la commune intention des parties, l'esprit de la convention¹⁷². Le juge interprétant des stipulations contractuelles relevant d'un régime instauré par un instrument européen, pourra malgré tout être tenté d'appliquer ses propres règles d'interprétation, surtout si l'instrument prend la forme d'une directive transposée en droit national. Certes si l'on s'en rapporte aux règles de conflit, la loi du contrat régit l'interprétation de ce dernier ; toutefois pour certaines questions relevant des questions de fait, d'autres lois ont leur place, notamment celle de la langue de rédaction du contrat, pour le sens qu'il convient de donner aux termes employés. À cet égard encore, à l'instar de textes ou projets antérieurs¹⁷³, la proposition de règlement apporte une réponse partielle puisqu'elle édicte des règles d'interprétation des contrats soumis au droit européen des contrats¹⁷⁴. La première est la recherche de la commune intention des parties mais déterminée de manière objective c'est-à-dire suivant ce qu'une personne raisonnable comprendrait¹⁷⁵. Peut-on considérer pourtant qu'un juge français, face à la référence à la commune intention des parties, pourrait totalement se départir du sens conféré à cette expression dans le cadre de l'article 1156 du code civil ? De la même façon, comme le fait l'article L. 133-2 du code de la consommation, est affirmé le principe d'une interprétation du contrat dans un sens favorable aux consommateurs des clauses ambiguës dès lorsqu'elles ont été rédigées par le professionnel¹⁷⁶. Mais l'existence

169 Sur les incidences éventuelles des pouvoirs du juge en matière de qualification du contrat, *cf. supra*.

170 Pour une présentation plus détaillée des règles d'interprétation, *cf.* F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n° 189 et s., sp. n° 191 ; M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2^e éd., 2004, n° 162 et s.

171 Pour la position du droit anglais, *cf.* O. MORÉTEAU, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 2000, n° 410 : la volonté déclarée est prise en compte, dans la mesure où elle est sensée exprimer ce que les parties ont voulu ou ce à quoi elles ont pu s'attendre.

172 C. civ., art. 1156.

173 Comme les Principes UNIDROIT (art. 4.1 et s.) et surtout le DCFR, la proposition reprenant les règles qu'il énonce presque à l'identique (Comp. 8-101 et s.).

174 Annexe I, art. 58 et s.

175 Reprise de la règle 8-101 du DCFR.

176 Prop. règl. Annexe I, art. 64.

d'un doute, qui conditionne dans l'article 64 de l'annexe I comme dans l'article L. 133-2 du code de la consommation, cette interprétation *in favorem*, est sujette elle-même à interprétation¹⁷⁷. Et le juge français ne serait-il pas tenté de transposer ici l'interprétation de l'expression retenue dans le cadre national¹⁷⁸? Cette question de l'interprétation des contrats, question de fond, rejaillit aussi sur le terrain de la procédure sous l'angle du rôle reconnu en droit français (mais pas forcément dans les droits étrangers) aux juges du fond dans l'interprétation du fait¹⁷⁹, notamment des contrats. Ainsi ces derniers se voient-ils reconnaître un pouvoir souverain d'interprétation des contrats, le contrôle de la Cour de cassation se bornant à la dénaturation. Dans ces conditions, la mise en œuvre des règles d'interprétation d'un instrument européen en droit des contrats pourrait relever des juges du fond, accroissant les potentielles divergences dès lors que la question obéirait à des règles différentes à l'étranger.

De la même manière, les règles de prescription et les pouvoirs du juge national en la matière, sont susceptibles d'exercer une influence sur les droits des parties¹⁸⁰. Certes, si l'on s'en rapporte là encore aux projets d'instrument¹⁸¹ et à la proposition de règlement, la question de la prescription fait l'objet de dispositions, tant quant à la question de la durée que celle du point de départ et de la computation de ces délais¹⁸², qui reflètent d'ailleurs les positions des différents droits nationaux¹⁸³ ainsi que les grandes tendances internationales en la matière¹⁸⁴. Pour autant, si elle réserve une place à la volonté des parties, la proposition de règlement ne dit rien des pouvoirs du juge en la matière. Ainsi quant à l'office du juge, devrait-on admettre, comme l'a jugé la Cour de justice¹⁸⁵, que dans les relations de consommation pour lesquelles le droit applicable trouve son origine dans une directive, le juge en doit relever d'office l'application? Des réponses nationales différentes pourraient être

177 Comme l'illustre d'ailleurs la jurisprudence française (en dernier lieu, Cass. 2^e civ. 1^{er} juin 2011 (pourvois n° 09-72.552 et 10-10.843), D. 2011, 1612 obs. T. Ravel d'Esclapon, LPA, 30 déc. 2011, n°260, 17, obs. H. Claret).

178 Sur laquelle, v. M. LAMOUREUX, « L'interprétation des contrats de consommation », D. 2006, 2848.

179 V. à propos de la notion de défaut dans le cadre de la directive de 1985, S. TAYLOR, *op. cit.*, 113.

180 Pour une présentation de cette épineuse question dans une perspective comparée, v. P. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, « Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription extinctive », RDC 2004/3, 801 et s. Cette question de l'incidence des règles de prescription sur l'effectivité et l'efficacité du droit communautaire et de leur éventuelle mise à l'écart est bien connue puisqu'elle s'est déjà posée avec d'importants développements en ce qui concerne la répétition des taxes d'effet équivalent et la restitution des aides incompatibles.

181 Principes UNIDROIT, art. 10.1 et s.

182 V. annexe I, Partie VIII – Prescription, art. 178 et s.

183 Ainsi l'interruption de la prescription en cas de reconnaissance par le débiteur de sa dette (art. 184) la prorogation du délai en cas de négociation (art. 182), admises en droit allemand à la suite de la réforme du droit de la prescription (cf. P. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, 808).

184 V. P. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, 811 et s. R. Wintgen, « La mise en œuvre de la technique du double délai de prescription extinctive », RDC 2007/3, 907.

185 CJCE 27 juin 2000, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, *Océano Grupo* – 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *Cofidis* – 4 octobre 2007, aff. C-429/05, *Rampion*.

apportées à ce type de question, conduisant à la fragmentation de l'instrument et à une indéterminabilité des droits et obligations des parties qui auraient choisi de soumettre leur contrat à l'instrument.

Peut-on dans ces conditions définir un système autonome, autopoïétique, comme l'appelle de ses vœux la Commission¹⁸⁶? Un éventuel instrument de droit européen des contrats a vocation à résoudre la quadrature du cercle: conduire à un droit unique mais qui présente en même temps suffisamment de souplesse pour n'être pas uniforme, permettre le maintien de la diversité culturelle et linguistique¹⁸⁷ et respecter les traditions juridiques des États membres. La voie choisie par la Commission telle qu'elle transparaît à l'heure actuelle au travers de sa proposition de règlement, celle d'un instrument optionnel, applicable aux contrats de vente transfrontières est sans doute la plus propre à conduire vers une uniformisation du droit européen des contrats. Ce choix fait apparaître l'unification plus comme une «*dynamique d'évolution*»¹⁸⁸ que comme un objectif en soi. À cet égard, les attentes que peut susciter un tel instrument doivent dès lors rester raisonnables. Les divergences existantes de par la diversité des langues et traditions juridiques que l'on cherche à réunir dans le creuset commun seront longtemps causes d'incertitude quant au contenu du droit applicable¹⁸⁹.

186 Livre vert, 9.

187 M.-J. CAMPANA, *op. cit.*, 28.

188 M. NADAUD, *th. préc.*, n° 17.

189 Pour une présentation sarcastique de la situation en 2050: v. P. LEGRAND, *op. cit.*, 14.

**RÉALISATION INSTANTANÉE OU PROGRESSIVE DU FUTUR
INSTRUMENT NORMATIF ?
TENTATIVE D'APPROCHE MÉTHODOLOGIQUE**

**GENEVIÈVE PIGNARRE
LOUIS-FRÉDÉRIC PIGNARRE**

« La grande faute (et la violence) serait de produire des réponses avant d'avoir pris clairement la mesure du questionnement »¹

-1- Position du problème: les difficultés attachées à une production immédiate de l'instrument communautaire. L'opportunité d'opter pour sa réalisation progressive. L'attractivité de l'Union européenne repose sur le triptyque: « État de droit, économie de marché et démocratie ». L'élaboration immédiate ou progressive du futur instrument communautaire en droit des contrats s'ancre dans cette démarche, tout en étant forcément tributaire de la conception que l'on a de l'intégration du droit communautaire dans les États membres, un 'projet normatif' n'ayant de sens que s'il est adossé à un 'projet géopolitique'². Attractive, assurément, l'Union européenne, l'est. D'où vient alors sa difficulté existentielle³?

La difficulté vient de ce que le futur instrument se doit d'essayer de concilier deux perspectives contradictoires: « d'un côté, on a l'ambition de refléter des principes communs ou tout au moins des tendances générales présentes dans les ordres et traditions juridiques en Europe. Mais d'un autre côté, la comparaison semble souvent avoir pour but de trouver les meilleures solutions »⁴ par une mise en concurrence des diverses expériences nationales, qui pourraient ainsi être dépassées

1 F. JACQUES, *L'espace logique d'interlocution. Dialogiques II*, coll. Philosophie d'aujourd'hui, PUF, 1985, VII, n°4, p. 316.

2 Telle est la problématique centrale de l'ouvrage de, Z. LAÏDI, *La norme sans la force*, Presses de Sciences po, 2008, p. 9.

3 Z. LAÏDI, *ibid.*, p. 10. V. aussi P. BACHRACH et M. BARATZ, « The two faces of power », *American political Review*, 56(4), décembre 1962, 947-952 cités par Z. Laïdi, *ibid.*, *op. cit.*, p. 19, considérant que « les modalités de la puissance européenne reposent moins sur des principes intentionnels que sur les conséquences inattendues de son action ».

4 R. SCHULZE, « Le nouveau cadre commun de référence et l'acquis communautaire », *RDC* 2008/3, p. 922s.

ou reprises partiellement. Rapporté au problème qui nous préoccupe, l'idée d'une harmonisation négative – par élimination progressive des entraves aux échanges intra-communautaires – doit se conjuguer avec celle d'une harmonisation positive-aboutissant à la réduction des distorsions de concurrence nées des divergences dans les législations des États membres sans pour autant que l'élimination d'une mesure nationale ne laisse le consommateur sans aucune protection⁵.

À ce jour et sans anticiper les évolutions à venir, la question de l'élaboration d'un instrument normatif en droit européen des contrats repose sur un substrat composé en substance de : l'acquis communautaire⁶ (avec la directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs⁷), du *Draft Common Frame of Reference*, DCFR, (réunissant des principes déjà formés en droit communautaire comme des règles découlant de la comparaison des droits nationaux et déterminant un droit supranational ainsi que les principes déjà formés en droit communautaire), des nombreuses réponses à la vaste consultation lancée par la Commission les 1^{er} juillet 2010, qui lui sont parvenues avant le 31 janvier 2011, des résultats du groupe d'experts mandaté par celle-ci depuis le mois de juin 2010 afin de réfléchir sur la faisabilité de cet instrument, et en tout dernier lieu, la récente proposition de règlement européen relatif au droit commun de la vente⁸.

Cette simple énumération est évocatrice. Le temps apparaît ici comme l'un des éléments essentiels dans la fabrication de la norme. De l'acquis communautaire à la demande de participation citoyenne, une évolution notable (pour ne pas dire considérable) s'est produite. Le droit secrété par les autorités communautaires s'inscrit dans une temporalité manifeste dont il paraît difficile de s'affranchir. Pourquoi?

-2- De nouveaux paradigmes. *Hard law* et *soft law*⁹. La contemplation du corpus juridique objet de notre étude, dénote la coexistence de différents

5 V. M. NADAUD, *La diversité des méthodes d'intégration juridique européenne dans le domaine du droit des contrats. Étude de l'organisation d'un espace normatif européenne du contrat*, Thèse Toulouse I, 2010.

6 J.-S. BERGÉ, « La corrélation « droit européen » et « droit des contrats ». À propos de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs », *RDC* 2009/2, p. 697s. *Adde* « Quel droit européen pour l'Union européenne? », *Débats*, *RDC* 2008/2, p. 767 à 944 et les différentes contributions ; D. MAZEAUD, « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats? », *Mél. X. Blanc-Jouvan*, SLC, 2005, p. 309 et les références citées.

7 Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JOUE du 22/11/2011, L 304/64.

8 Un résumé de ce texte, à caractère facultatif, est consultable sur le site de la Gazette du Palais, (http://www.gazettedupalais.com/services/actualites/actu_jur/e-docs/00/001D/FD/document-actu-jur.phtml). Le texte lui-même est consultable sur le site de la Commission, (http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law_en.pdf).

9 Rapp., et comp la notion de *hard power* et de *soft power* développée par Z. LAÏDI, *La norme sans la force*, ouvrage précité, p. 25s. *Adde* « L'Europe est porteuse d'une narration du monde, d'un storytelling planétaire qui privilégie l'interdépendance et la norme au détriment de la realpolitik et de la force. L'enjeu pour elle aujourd'hui n'est pas tant de renoncer à l'une au profit de l'autre, mais de conserver l'une sans négliger l'autre » (Z. LAÏDI, *ibid.*, p. 12). « On peut penser que l'Europe restera un *soft power*, mais un *soft power* qu'il faudra prendre au sérieux. Il faut le prendre au sérieux car il dispose

instruments : à côté de ceux, classiques révélant un droit de *hard law* (i.e. secrétant des règles contraignantes) tel l'acquis communautaire en droit de la consommation, figurent, divers et pluriels, des instruments de *soft law* (i.e. produisant des règles non contraignantes). L'importance qualitative et quantitative de ces derniers (on le verra ci-après) n'est pas pure coïncidence. De nouveaux modes de production de la norme font leur apparition aux côtés de ceux, classiquement répertoriés. Ce n'est au demeurant pas une surprise, en droit de l'Union où précisément, le caractère composite de la norme d'une part, sa flexibilité d'autre part, ont pu être recensés.

-3- Caractère composite de la norme communautaire et progressivité du droit. Aux modes classiques d'élaboration du droit, la Commission européenne ajoute des sources plus originales, de *soft law*, dont la diffusion du Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises constitue l'une des illustrations les plus topiques. « Ce vaste processus de consultation publique vise à « ériger la participation citoyenne en idéal démocratique ainsi qu'en mode d'élaboration de la règle de droit »¹⁰. Il mérite à ce titre attention. Sous le vocable de *soft law* peuvent être regroupés les modes foisonnants de production atypique du droit¹¹ qui essaient en toute matière et nombreux systèmes juridiques¹². Certains ont même vu percer dans cette montée en puissance du droit non étatique, la force (normative) du non droit¹³. Cette régulation de la société par le droit¹⁴

d'une gamme d'instruments normatifs non négligeables dont le reste du monde a clairement conscience [...] Ce qui fonde la puissance européenne, c'est ... sa préférence pour la norme » (Z. LAÏDI, *ibid.*, p. 13).

10 C. PÉRÈS, « Livre vert de la Commission européenne, les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC* 2011/1, p. 13s.

11 Sur l'atypique, v. E. BURDIN, *L'atypique, Essai de systématisation à partir des modes de production des normes en droit privé*, thèse, Chambéry, 2008.

12 L'hétérogénéité est ici le dénominateur commun. En témoigne la diversité sémantique et substantielle des expressions utilisées, droit souple, droit mou, droit spontané, *infra* droit, non droit...

13 V. bien évidemment, J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *APD*, éd. Sirey, 1963, p. 55s ; « Le droit au non-droit », *Jean Carbonnier, écrits*, textes rassemblés par R. VERDIER, PUF 2008, p. 1525s. ; J. COMMAILLE, « La pensée sociologique de Jean Carbonnier, la flexibilité du droit », *Hommage à Jean Carbonnier*, Dalloz 2007, p. 45s ; R. LIBCHABER, « Actualité du non-droit, les systèmes d'échanges locaux », *RTD civ.* 1998, p. 800s. A. SÉRIAUX, « Question controversée, la théorie du non-droit », *RRJ* 1/1995, p. 13.

14 V. J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en questions », *Dr. et société*, 49, 2001, p. 827 et s : « Régulation, voilà bien un terme dont le succès ne semble avoir d'égal que l'incertitude régnant autour de sa nature précise ». Revenant sur un thème qui lui est cher, l'auteur analyse cette notion et toutes les transformations du phénomène juridique qu'elle recouvre. Né dans les sciences techniques, le concept a été repris par les sciences sociales pour désigner en droit les « processus par lesquels tout groupe social parvient à maintenir sa cohésion et à assurer sa survie, malgré la diversité des intérêts qui existent en son sein ». Dans son application juridique, la notion de régulation a accompagné le déclin de « l'État providence » au profit de « l'État régulateur » arbitrant les actions des agents par des mécanismes souples. Le recours au concept de régulation juridique pourra dès lors viser soit « la fonction régulatrice du droit », fonction de régulation des conduites pouvant être assurée par le droit de l'État, par l'État sans le droit, ou encore sans l'État, soit « le droit régulateur », droit produit par l'État providence, soit « le droit de régulation », droit négocié dans lequel les destinataires de la norme sont associés à sa production, droit mou où l'adhésion prévaut sur la contrainte. (Repris de

vient bousculer les dogmes doctrinaux bicentennaires en introduisant une réelle souplesse et une certaine complexité dans la théorie générale des sources¹⁵. «La régulation porte en elle le pluralisme: pluralisme des foyers de droit, pluralisme des ordres juridiques»¹⁶. Cette tendance à privatiser le droit ou à tout le moins à en codifier la mise en œuvre par des opérateurs privés a pénétré jusqu'aux perspectives des Communautés européennes¹⁷. Abondamment utilisé en droit interne¹⁸, le

P. DEUMIER, *RTD civ.* 2002, p. 628, *Revue des revues*). Adde F. CHEVALLIER, «La figure du contrat pour exprimer les nouveaux modèles de régulation», *Les engagements dans les systèmes de régulation*, M.-A. Frison-Roche (dir.), Presses de Sciences Po et Dalloz, Thèmes et commentaires 2006, p. 143s.

15 M. LEHOT, «Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit», *RRJ, droit prospectif*, octobre 2003, p. 1352.

16 P. DEUMIER, *RTD civ.*, 2002, *op. et loc. cit.* Et l'auteur de poursuivre, «Au monisme étatique se substitue un pluralisme qui encadre l'ordre étatique «au-delà de l'État» par l'apparition d'espaces internationaux transnationaux régionaux et «en deçà de l'État» par la délégation de pouvoirs des autorités locales ou par la consécration des réglementations d'origine privée. L'appareil étatique tendrait lui-même à se fragmenter par la multiplication d'organismes aptes à réguler et à s'autonomiser. Cet éclatement de la régulation reste toutefois cohérent puisque le pluralisme ainsi apparu est un «pluralisme ordonné» moins autour d'une hiérarchie étatique que par la référence à des principes directeurs. Enfin, si cet éclatement a aussi pour effet pervers l'«alourdissement de la pression juridique», la régulation s'ajoutant à l'inflation du droit classique, le poids serait ici atténué par l'adhésion des destinataires à la règle et par les failles ouvertes par cet enchevêtrement des dispositifs», *Annales de la régulation*, TH. REVET ET L. VIDAL (dir.), éd. IRJS, 2009, T. XIX, vol. 2.

17 Ainsi en droit communautaire de la consommation, les textes les plus récents font-ils des allusions de plus en plus claires aux codes privés de déontologie et aux modes alternatifs (*i.e.* extra judiciaires) de règlement de différends en cette matière. L'allusion aux codes privés de déontologie professionnelle et aux modes non judiciaires est désormais systématiquement présente dans les textes communautaires en matière de commerce loyal, de vente par l'internet, de méthodes de promotion des ventes... H. TEMPLE, «Le droit de la consommation est-il subversif?», *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais Auloy*, Dalloz 2004, p. 1067s.

18 La matière est ici trop abondante pour pouvoir être recensée de manière exhaustive. V. à titre d'illustrations, P. DEUMIER, «Les communiqués de presse de la Cour de cassation», *RTD civ.* 2006, p. 510; «les notes au BICC, d'une source d'information à une source d'interprétation pouvant devenir source de confusion», *RTD civ.*, 2007, p. 61; F. GUIOMARD, *RDT* 2006, p. 222; C. PÉRÈS, «Les vertus reconnues des codes de conduite privés», *RDC* 2008/4, p. 1088; F. ZÉNATI, «La portée du développement des avis», *L'inflation des avis en droit*, Th. Revet (dir.), *Economica*, 1999, p. 109 s.; P. DEUMIER, «Cadre commun de référence et Code civil européen», *RDC* 2006/4, p. 1276s; J. ROTCHFELD, «Recommandations de la commission des clauses abusives», *RDC* 2003/1, p. 22. Adde *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, av. propos J. Mestre, C. Prieto (dir.), PUAM 2003, spéc., p. 182. v. encore, R. E. DE MUNAGORI, «Les sources positives de la déontologie (à propos des avocats)», *RTD civ.* 2007, p. 67s. Adde C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, Defrenois 2007. De nouvelles branches du droit, manifestation d'un pluralisme normatif, ont même fleuri (v. par exemple B. FEUILLET - LE MINTHIER (dir.), *Normativité et biomédecine*, *Economica* 2003, Introduction générale, p. 1 et s; voir spéc., la 2^e partie, Les normes parajuridiques). Il faut aussi compter avec les phénomènes d'inter-normativité, sur lesquels, v. J. CARBONNIER, «Les phénomènes d'inter-normativité», *Essais sur les lois*, 2^e éd. Defrenois 1995, p. 287s.; «Inter-normativité», *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. Arnaud (dir.), LGDJ 1993, 2^e éd., p. 313s.; *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'inter-normativité*, J.-G. BELLEY (dir.), Préface de J. Carbonnier, Paris, LGDJ 1996; *Droit et société*, vol. 16, 1995.

phénomène¹⁹ marque donc également la fabrication de la norme communautaire aujourd'hui. Si le droit social communautaire en a eu la primeur²⁰, il n'en a pas pour autant l'exclusivité. En témoigne la diffusion par la commission le 1^{er} juillet 2010 d'un Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création du droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises²¹, recensant les diverses formes que l'instrument européen pourrait emprunter à la faveur de « sept options distinctes »²² et laissant à toute partie intéressée la possibilité d'exprimer son avis²³. Parallèlement la Commission mandatait un groupe d'experts, chargé de réfléchir à la faisabilité d'un instrument de droit européen des contrats afin d'explorer des pistes en vue d'améliorer le droit des contrats au sein de l'Union européenne²⁴. La doctrine range ce type d'actes « faute de mieux, dans la très vaste catégorie des actes 'innommés', 'atypiques', 'sui generis', ou 'hors nomenclature' »²⁵.

19 V. R. LIBCHABER, *RTD civ.* 2002, p. 609 : « Des manifestations dispersées font-elles un phénomène ? Rien ne le garantit. Mais ces incitations singulières d'une partie de la doctrine incitent à suivre la piste d'un possible renouvellement de ses pratiques traditionnelles ».

20 Ainsi le Dialogue social européen repose-t-il prioritairement sur des chartes et des codes de bonne conduite. Le ministre des affaires européennes d'alors avait au demeurant envisagé la possibilité de rédiger « un guide des bonnes pratiques » qui compléterait les dispositions de la circulaire du 9 novembre 1998 relative à la procédure de suivi des directives communautaires en droit interne, tout en ayant une exigibilité plus importante qu'une circulaire (*Rapport*, Christian PHILIP, Délégation pour l'Union européenne, n° 1009, juillet 2003). Méthode de production et de suivi de la norme qui faisait dire à des auteurs « *voici que surgit, un cran au-dessus des circulaires, une nouvelle source de droit... mais qui n'a pas davantage que ces dernières de réelle portée juridique* » (F. TERRÉ et A. OUTIN ADAM, *L'année d'un bicentenaire*, D. 2004, p. 12 et s., p. 14). V. aussi lorsque le législateur a tenté en 1971 de donner force juridique aux conventions collectives en présumant leur caractère exécutoire, la mention TINALEA, (*this is not a legally enforceable agreement*) est devenue une clause de style prémunissant les signataires des conventions collectives de cette « *juridisation* » de leurs relations. Cf. B. WEEKS et al. *Industrial Relations and the Limits of Law. The Industrial Effect of the Industrial Relations Act 1971*, Oxford, Blackwell, 1975, p. 156 s. repris de A. SUPLOT, « Un faux dilemme, la loi ou le contrat », *Dr. Social* 2003, p. 60). Le droit de *soft law* règne en maître aujourd'hui où par le truchement de la Stratégie européenne pour l'Emploi, les méthodes ouverte de coordination qui viennent compléter, influencer, le droit de *hard law*. Sur cette question, v. *infra* n° 12s., et plus généralement dans cet ouvrage, l'étude consacrée au droit social communautaire source exportable pour l'élaboration du futur instrument de droit communautaire des contrats.

21 Sur la spécificité de ce mode de production de *soft law*, son origine ainsi que ses possibles implications sur la notion de participation citoyenne érigée en véritable source du droit européen des contrats, v. en particulier, C. PÉRÈS, « Livre vert de la Commission, les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC* 2011/1, p. 13s.

22 Allant de la seule publication des résultats du groupe d'experts parallèlement créé le 26 avril 2010 jusqu'à l'adoption d'un règlement instituant un Code civil européen en droit des obligations.

23 Le succès qu'a rencontré cette initiative peut se mesurer aux multiples réponses provenant d'universitaires comme de professionnels données dans le délai imparti (à savoir le 31 janvier 2011).

24 Ce groupe d'experts était composé de praticiens du droit, d'anciens juges et d'universitaires originaires de toute l'Europe. A-t-il pris le relais de *tous* les groupes de travail constitués dès avant dans cette perspective ? La question mérite d'être posée, tant il semble que le projet élaboré sous l'égide de ce groupe, dans sa teneur la plus récente s'inspire substantiellement du projet rédigé sous l'égide du professeur C. von Bar (et lui-même fédérant différents groupes et comités).

25 C. PÉRÈS, « Livre vert de la Commission... », étude précitée, p. 14.

De telles normes²⁶, matérialisant un droit de *soft law*, ne font pas partie des actes formellement énumérés par l'actuel article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, droit de *hard law*, à savoir, les règlements, directives, décisions, recommandations et avis²⁷, et au nombre desquels il convient de ranger, pour le cas qui nous préoccupe, l'acquis communautaire. Ces sources incitatives, ne sont pas exclues pour autant du processus normatif d'élaboration de l'instrument, loin s'en faut. Le droit de *soft law* veut convaincre plus que contraindre, «c'est d'ailleurs là qu'est le prodige [...] : *de facto*, il ne procède pas de facteurs institutionnels mais de l'autorité que sa compétence technique lui a peu à peu acquise. De là un statut paradoxal, où l'absence d'autorité normative vient heurter de front l'exercice d'une véritable magistrature d'influence, où l'on doit voir le droit pris à sa plus vive source»²⁸. Ce «droit autorisé [...] parce qu'inspiré par des opinions éclairées et recevables»²⁹. Le caractère européen de la norme invite de surcroît à se tourner vers une recherche pluridisciplinaire où le politique, le juridique, l'économique, le social s'interpénètrent.

-4- Caractère flexible de la norme communautaire³⁰ et progressivité du droit. «L'objectif véritable des Communautés (et de l'union) n'est pas l'uniformité juridique : elle est simplement de réaliser l'unité politique du continent européen, sans pour autant détruire les traditions nationales. En somme, le droit communautaire doit être appliqué uniformément dans les États membres, mais son contenu ne vise généralement pas l'uniformité»³¹.

Si la rigueur du droit communautaire «plus offensif que défensif»³² est première – il importe d'éliminer toute entrave aux échanges-, la flexibilité ne lui est pas étrangère, comme d'ailleurs à tout système juridique. Analysée et conceptualisée par la doctrine³³, la flexibilité du droit de l'Union européenne, et en son sein de

26 À l'instar des programmes, résolutions, communications, accords, délibérations, codes de conduite et autre accords institutionnels.

27 J.-M. FAVRET, *Droit et pratique de l'Union européenne*, Gualino, n°6^e éd., 2009, n°373.

28 F. ZÉNATI, *La portée du développement des avis...*, ouvrage précité, p. 109. V. également, M. LEHOT, *Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit...* précité, p. 2361.

29 R. LIBCHABER, *chron.*, *RTD civ.* 1997, p. 792.

30 V. l'intemporel *Flexible droit*. Pour une sociologie du droit sans rigueur, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2001, de Jean Carbonnier d'où part, au demeurant, la démarche fondatrice de S. Marciali, dans son ouvrage cité ci-après.

31 S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, (préface J. Rideau), Bruylant, 2007, p. 28-29.

32 J. CHAPIRA et C. KESSEDJAN, *Le droit européen des affaires*, Paris, PUF, collection Que sais-je?, 4^e éd., 1997, p. 34.

33 V. ainsi la substantielle thèse de Sébastien MARCIALI, *La flexibilité de droit de l'Union européenne*, ouvrage précité. Pour l'auteur, le système juridique de l'Union européenne, à l'instar de tout système juridique, comprend des éléments de flexibilité. Mais la flexibilité revêt une signification particulière dans le contexte de l'Union européenne. Dès l'origine, le droit communautaire a intégré des éléments de flexibilité ; certains d'entre eux sont aux techniques d'intégration ; d'autres sont nécessaires à la réalisation des objectifs de la Communauté. Par la suite et sous l'impact des élargissements et de l'hétérogénéité croissante qui en est la conséquence, la flexibilité est devenue par le truchement des traités de Maastricht et d'Amsterdam, un élément de réorganisation du

celui secrété par les Communautés, est une réalité. Ainsi a-t-on pu affirmer sans excès que «le droit communautaire, en tant que droit économique, est caractérisé surtout par la flexibilité et l'adaptabilité et les actes communautaires doivent permettre à la Communauté d'agir ponctuellement et *ad hoc* sur le marché»³⁴. Le terme de flexibilité qui a désormais pris le pas sur celui de *différenciation* ou *d'intégration différenciée* connaît le plus grand succès³⁵. Il désigne «l'ensemble des phénomènes et mécanismes contredisant les exigences de l'application uniforme du droit des Communautés et de l'Union». Pareille flexibilité qui affecte le système communautaire, affecte aussi ses sources. Comprise *lato sensu* elle peut ainsi apparaître comme le catalyseur en application duquel le décalage, sinon le hiatus, pouvant exister de la confrontation des différentes sources normatives (qu'il s'agisse de différentes sources communautaires, comme de l'articulation des sources communautaires européennes et des règles de droit national), pourrait être résorbé. Prise dans cette dernière acception, la flexibilité ne serait pas étrangère aux modes d'élaboration du futur instrument communautaire. Autant d'éléments qui laissent se profiler de nouvelles perspectives.

-5- Problématique. Choix des méthodes. Les caractères ainsi mis en valeur de la norme communautaire vont façonner à des degrés divers le futur instrument. Du fait de la structure du droit de l'Union, la règle communautaire, *brevitatis causa*, par son altérité d'objet peut entrer en conflit, avec les règles nationales. À chaque niveau (entre le niveau national et le niveau communautaire ainsi qu'entre les différents États participants), un dialogue, inéluctablement, va s'instaurer. De la portée juridique conférée à l'instrument dépendra donc la sanction d'un dialogue provisoire ou permanent. Un dialogue dont le *dialogisme* constitue l'un des déploiements, à condition de souvenir avec un auteur, que le préfixe «dia» ne signifie pas deux, mais à travers³⁶. Partant de l'épistémologie³⁷, il devient dès lors possible de concevoir ce que pourrait être le futur instrument normatif à l'aune d'une approche dialogique du droit(I).

système juridique et institutionnel de l'Union. Ces deux aspects de la flexibilité coexistent aujourd'hui dans le droit de l'Union européenne, même si leur développement suscite des craintes en ce qu'il bouleverse les cadres d'analyse traditionnelle du droit de l'intégration européenne. Une réflexion approfondie montre néanmoins que, la flexibilité demeure un moyen fondamental de gérer la diversité croissante au sein de l'Union et, tout en contredisant l'uniformité du droit des Communautés et de l'union, n'en demeure une garantie essentielle de l'unité de l'Union.

34 T. VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, Tübingen, Mohr, 1996, p. 121, cité de E. PREVEDOUROU, *L'évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne, recherches sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*, London, Esperia Publications, 1999, p. 34.

35 Le terme de flexibilité a désormais pris le pas sur celui de. Sur cette évolution, v. S. MARCIALI, *La flexibilité ... précitée*, p. 33s.

36 F. GÉA, «Dialogisme, interprétation et traduction en théorie du droit. Interactions paradigmatiques», *Traduction et droits européens, Enjeux d'une rencontre, Hommage au recteur Michel van de Kerchove*, publication des facultés universitaires Saint-Louis, n° 125, Bruxelles, 2009, p. 590.

37 C'est-à-dire en se fondant sur la connaissance de l'objet à étudier.

On parle par ailleurs beaucoup et de plus en plus en droit communautaire d'un droit de la régulation³⁸, de la constitution de réseaux³⁹. Ce renouvellement des analyses qu'interdit un raisonnement fermé sur lui-même est la conséquence de la pluridisciplinarité du droit européen, laquelle n'est pas sans rejaillir sur la *structure* de la norme. Ainsi, une mouvance générale d'idées et de pratiques favorisent aujourd'hui un droit qui guide plutôt qu'il n'ordonne⁴⁰. Un changement fondamental des formes de la contrainte économique devrait vraisemblablement provoquer un changement correspondant dans les formes de la contrainte juridique⁴¹. Dans ces conditions, de nouvelles perspectives se manifestent, ouvrant la voie à une approche structurelle de la conception de la future norme communautaire (II).

I - Approche dialogique de l'élaboration du futur instrument communautaire

-6- Dialogue⁴², dialogisme⁴³, normativité dialoguée⁴⁴. L'élaboration d'un futur instrument de droit européen des contrats pose la question de l'entrecroisement des normes, l'un devant composer avec le multiple. Les règles venant d'horizons et de niveaux différents sont tournées vers l'uniformisation et s'affrontent les unes avec les autres. Ce décentrement du discours normatif (horizontalement et verticalement, mais aussi vers l'amont et vers l'aval) est propice au dialogue. Ici ni fusion, ni dissolution, mais des «voix respectives», restant audibles, et pouvant entrer en complémentarité avec les règles aux côtés desquelles elles coexistent. Le pari va consister à tenter de leur assigner une place en étudiant diverses représentations (philosophiques) du dialogisme. Plusieurs

38 V. ainsi dans une littérature plus qu'abondante, *Les risques de régulation*, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), presses de Sciences Po et Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005; *Les engagements dans les systèmes de régulation*, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Presses de Sciences Po et Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006.

39 Sur ce que les réseaux sont à faible normativité juridique, V. L. BERNARDEAU, «Droit communautaire et droit des contrats, perspectives d'évolution», *Cont. Conc. Cons.* 2001, Chr. 20, p.4.V; aussi M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, p.104 et note 167, on observe une déstabilisation du système hiérarchique des sources du droit. Adde A. SUPLOT, «Un faux dilemme, la loi ou contrat», *Dr. social* 2003, p.59s.; v. spéc., p.69; l'auteur évoque les réseaux d'entreprise, faisant émerger une nouvelle figure celle de l'employeur dépendant. Adde du même auteur, «Les nouveaux visages de la subordination», *Dr. Social* 2000, p.131 et s.

40 J.-G. BELLEY, «Une philosophie de l'aspiration juridique, l'art de bien se contraindre», *APD*, T.44, L'obligation, Sirey 2000, préc. p 319 et s., spéc., p 328, citant H. WILKE, «Diriger la société par le droit?», *APD* 1986, T 31 p.182.

41 J.-G. BELLEY, «Une philosophie de l'aspiration juridique...», préc., p 328.

42 V. le T 29 des *Arch. Ph. droit*, Sirey 1984 intitulé: *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, V. en particulier, la préface de M. VILLEY et J.-L. GARDIES: «De la spécificité du dialogue à l'intérieur du droit», *Dialogue, dialectique...*, précité, p; 168s.

43 V. J.-C. DUMONCEL, «La dialectique juridique dans la perspective dialogique», *Dialogue, dialectique...*, précité, p.117s.

44 L'expression est de G. TMSIT, «La réinvention de l'État-suite», *Rev. Int. Des sciences administratives*, juin 2008, vol. 74, p.181-191, spéc., p.186. L'auteur l'utilise *proprio motu* pour caractériser la philosophie de Mikhaïl Bakhtine; elle nous paraît cependant pouvoir être élargie aux différentes approches évoquées ci-après du dialogue et du dialogisme.

auteurs ont tenté avec succès la systématisation de cette normativité dialoguée. Les uns mettent l'accent sur la relation, les autres sur l'interrelation, d'autres encore donnent le primat à la communication.

-7- Le primat de la relation : communiquer c'est mettre en commun (*i.e.* remplacer les dichotomies hiérarchiques par un réseau de différences multiples qui s'entrecroisent et restent mouvantes⁴⁵). Pour le philosophe Francis Jacques, la vocation du dialogue est de faire émerger le sens par une sorte de *transcendance* des « systèmes », voire des « mondes ». L'accent est mis sur le relationnel au sein de la communication. Communiquer signifie mettre en commun. Cette mise en commun doit faire une place au *dissensus* et à l'*agôn* (la compétition, la lutte) dans le discours (*i.e.* dans l'élaboration de la norme), se tenir à égale distance d'un modèle consensuel de la vérité et d'un modèle *agônial*)⁴⁶. Il existe autant de hiérarchies inversées ou non que de relations qui se nouent entre les différentes sources du droit. Le système normatif semble en voie de devenir un réseau de hiérarchies « à géométrie variables »⁴⁷. Il peut envoyer des signaux pour signifier qu'il partage ou veut partager ses vues avec les autres, quitte à exprimer son insatisfaction ou son dépit quand la reconnaissance ne vient pas. Pareille conception qui met en valeur l'existence d'un réseau de communication entre les acteurs et les normes, est riche de sens. Elle se cristallise cependant autour d'une sédimentation des différences ; existe-t-il une possibilité d'aller plus loin en dépassant celles-ci ? Une réponse positive peut être donnée ; elle puise sa source dans la théorie proposée par Mikhaïl Bakhtine.

-8- Le primat de l'interrelation : communiquer c'est atteindre l'altérité par l'enchâssement des discours respectifs (*i.e.* confronter sa parole à celle d'autrui, fût-ce au prix d'une certaine dilution, altération, de la première dans la seconde et réciproquement). Dans sa philosophie, Mikhaïl Bakhtine crée, dans le champ juridique, un modèle de « normativité dialoguée » ; qui « semble s'imposer sur l'ensemble des territoires du droit, et plus particulièrement dans les lieux et espaces où celui-ci s'élabore, comme un modèle de référence. Comme un *idéal* (en italique dans le texte) »⁴⁸. Cette grille d'analyse utilisée en doctrine pour cerner la notion d'interprétation nous semble dotée d'une force exploratrice, propice à *l'enchâssement normatif*. Elle nous paraît ainsi pleine de potentialités lorsque l'on

45 Rapp. N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale? Reconnaissance et distribution*, éd. La Découverte, Poche, 2005, (1^{re}) 2011 (2^e), trad. de l'anglais (États-Unis) et introduit par E. FERRARESE, p. 38.

46 F. JACQUES, « Entre conflit et dialogue ? Comment dépasser l'opposition entre *consensus* et *dissensus* », *À quoi pensent les philosophes ?*, Rev. Autrement, Interrogations contemporaines, n° 102, nov. 1988, p. 76s, spéc., p. 82. V. également, « Dialogue exige ; communicabilité et dialectique », *Dialogue, dialectique...*, précité, p. 7s.

47 M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation... », étude précitée, p. 2362.

48 F. GÉA, « Dialogisme, interprétation ... », étude précitée, p. 604. L'auteur évoque la figure du dialogue lorsque des relations se nouent et se développent en présence des interprètes du droit, mais l'observation vaut tout autant à notre sens à propos des modes de production et d'élaboration du droit. V. à ce sujet, J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « Pour une approche socio-juridique de la production des normes dans les relations de travail », *Droit et société*, 1994, n° 27, p. 337s.

tente de d'observer le fonctionnement des modes de production et d'élaboration de la norme communautaire. Que l'on juge: «Seule une approche progressive, avançant par plis et dépis (replis) successifs, sensible aux boucles récursives ouvre l'accès à la vision bakhtinienne du monde et à la conception du dialogisme qu'elle institue»⁴⁹. Ainsi en atteste la pensée du philosophe russe, instituant, *via* ce qu'il nomme le dialogisme du discours, le primat de l'interaction. Sous ce patronage, «le langage humain se révèle dans sa porosité, sa perméabilité. Dans sa labilité aussi. Il est une matière en mouvement. Un *devenir*»⁵⁰. La parole est «remplie des mots d'autrui, caractérisée, à des degrés variables, par l'altérité ou l'assimilation»⁵¹. L'identité selon lui se forge dans l'altérité: dans «être», on devrait dire *autre*, affirme-t-il⁵². Telle est son approche du dialogisme comme paradigme pour penser le droit en interaction.

-9- Le primat de la discussion : communiquer c'est procéduraliser⁵³. (*i.e.* établir par l'éthique de la parole discutée un cadre propice à la détermination de la norme). Investissant le champ juridique, le philosophe Jürgen Habermas, se propose dans son ouvrage *Droit et démocratie*⁵⁴ d'analyser le droit sur le modèle de l'activité communicationnelle «en tentant d'inscrire en son sein la pratique de la délibération intersubjective visant à faire surgir le meilleur argument». Pour le penseur allemand, «le droit n'est légitime qu'en tant que son élaboration résulte d'une égale participation de tous les citoyens à la discussion qui doit présider à son adoption»⁵⁵. Transposée à l'objet de notre étude, la pensée d'Habermas nous paraît pouvoir féconder une «théorie de la discussion»⁵⁶. L'élaboration de la norme communautaire ne gagnerait-elle pas à se forger dans un cadre procédural avec tout d'abord ses repères spatio-temporels (repères classiques, certes, on songe ainsi aux lieux de discussion – il en existe certes en dehors de Paris et de Bruxelles, mais en parle-t-on? mais aussi nouveaux repères aujourd'hui où les normes sont difficiles à localiser; où le concept de territoire et de territoire du droit en particulier doit bon gré mal gré être repensé. Il y aurait aussi beaucoup à dire sur la durée comme la régularité des rencontres. Ne serait-il ensuite pas opportun d'envisager la production

49 F. GÉA, *Dialogisme, traduction...*, étude précitée, p. 595; Thèse précitée, T. II, vol. 2, p. 1995s, n°764s.

50 F. GÉA, *Dialogisme, traduction...*, étude précitée, p. 596; Thèse précitée, *op. et loc. cit.*

51 M. BAKHTINE, «Les genres du discours (1952-1953)», *Esthétique de la création verbale*, 1979, Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, NRF 1984, p. 296.

52 T. TODOROV, M. BAKHTINE, *Le principe dialogique*, suivi de, *Ecrits du Cercle de Bakhtine*, Seuil. Coll. Poétique, 1981, p. 149.

53 v. F. GÉA, *L'interprétation...*, thèse précitée, T II, vol., I, p. 1174s, n°465s. et les très nombreuses références citées. La notion de procéduralisation du droit reste profondément attachée à la philosophie d'Habermas. Pour rester dans le champ de cette étude on l'évoquera seulement dans ses rapports avec l'idée de dialogue, et plus spécifiquement à travers la création de l'espace de discussion habermassien.

54 J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Nrf Essais, Gallimard 1997.

55 Repris et cité par J. LENOBLE, *Droit et communication, La transformation du droit contemporain*, Cerf, 1994, p. 60. V. à ce sujet, J. HABERMAS, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, coll. Nrf essais, 2001. P. 372s.

56 J. HABERMAS, *Droit et démocratie...*, ouvrage précité, p. 214.

de cette norme en fonction, de critères intersubjectifs? Le choix des interlocuteurs apparaît ainsi capital (cercle (s) restreint (s) et privilégié (s) d'universitaires; groupe d'experts; acteurs professionnels rigoureusement sélectionnés...) sont-ils représentatifs des citoyens de l'Union à l'heure où la Commission par son vaste processus de consultation publique tend à ériger «la participation citoyenne en idéal démocratique ainsi qu'en mode d'élaboration de la règle de droit»⁵⁷). On le voit, le «changement de perspectives», la notion d'«intérêt émancipatoire»⁵⁸ auquel nous invite le philosophe allemand, trouveraient ici matière à prendre forme et vie.

-10- L'apport des «théories du dialogue» à l'élaboration (négociée⁵⁹) de la norme communautaire. Le dialogisme, quelle que soit sa forme, est générateur de normativité. Laissons la parole à un auteur, maître en la matière: «À travers le dialogisme» [...] relève-t-il, «se met en place une architecture invisible – avec de nouvelles lignes. En consacrant l'idée selon laquelle le sens se constitue dans l'interrelation, ce modèle déstabilise la conception monologique de l'Un dans la fabrique du sens, qu'il s'agisse de l'auteur du texte ou de son (ses) interprètes. Cette déstabilisation entraîne dans son sillage la remise en cause de l'approche classique des «sources» du droit: le sens se forge *par-delà* les sujets incarnés, ce qui implique que la norme juridique – dés-emparée – est co-produite par plusieurs instances, à travers un dire commun qui désagrège tout lien constitutif et rend vaine la tentation de l'appropriation»⁶⁰.

Fort de ce triple ancrage, pourquoi ne pas concevoir l'élaboration progressive du contenu de l'instrument communautaire par échanges de vues et discussions jusqu'à parvenir à un consensus qui permettrait un rapprochement des pensées sur les structures et les principes du droit privé (des contrats) européen? La possibilité d'instaurer des rencontres à échéance périodique pour réviser ou maintenir l'acquis communautaire faciliterait la combinaison de la *hard law* et de la *soft law*; cela permettrait aussi d'avancer sur les points qui font *consensus*, tout en différenciant l'harmonisation de ceux qui ne le font pas. Le temps ainsi mis à l'épreuve inscrirait, ce qui ne serait d'abord que provisoire dans une progressivité, en continuant les discussions, gages pourquoi pas de négociations, préludes aux accords futurs et faisant sourdre au bout du compte une norme permanente?

II-Approche structurelle de l'élaboration du futur instrument communautaire

-11- Point de départ du raisonnement: éclosion d'un «entre-deux normatif». On se trouve aujourd'hui dans une situation intermédiaire: entre un avant où l'unilatéralisme régnait en maître et un après dont on ne peut que subodorer le devenir. Plus qu'un point de bascule entre des choix extrêmes, l'acquis communautaire apparaît comme un point de repère, dans une logique

57 C. PÉRÈS, *Livre vert de la Commission...*, étude précitée, p. 13.

58 J. HABERMAS, «Connaissance et intérêt», *La technique et la science comme idéologie*, Gallimard 2000, p. 145.

59 Sur la possibilité d'envisager une normativité négociée de la norme, v. dans cet ouvrage l'étude consacrée à l'élaboration de l'instrument normatif en contemplation du droit social communautaire.

60 F. GÉA, «Dialogisme, interprétation et traduction ...», étude précitée, p. 592.

d'étape, comme un élément propre à constituer l'élément d'un ensemble encore inachevé. Jugeons.

Quoique matériellement toujours possible⁶¹, l'hypothèse de l'élaboration immédiate de l'instrument normatif ne nous paraît, en effet, ni réaliste, ni féconde. Il faudrait pour cela envisager que la Commission adopte une politique du tout ou rien (*i.e.* une logique d'intégration totale ou de rejet absolu d'inspiration des normes nationales), ce qui dans les deux cas, irait, à notre avis, à l'encontre du caractère multidimensionnel des Communautés comme de la politique d'ouverture et de concertation affichée par l'autorité communautaire. Plus qu'un point de bascule propre à un état transitoire, l'élaboration de l'instrument nous paraît ainsi constituer un point de repère dans un état transitionnel, soucieux de mettre en œuvre une logique de coordination entre les différentes sources normatives, qu'il s'agisse de confronter les sources européennes entre elles ou les sources européennes avec celles d'origine nationale ; qu'elles revêtent un caractère obligatoire ou facultatif.

Ce point de repère fait se dresser la notion de frontière, laquelle désigne littéralement « les limites d'un territoire, qui en détermine l'étendue »⁶². La frontière qui sépare, donc, mais aussi qui protège, qui oppose mais relie également. S'oppose-t-elle, ce faisant, à une conceptualisation de l'entre-deux ? Ce n'est pas certain. À l'intersection du normatif et du 'non normatif' la limite séparatrice entre l'obligatoire et le non obligatoire s'obscurcit. Cette imbrication des genres et des objectifs exacerbe l'importance du trait d'union ; elle suggère d'opérer une médiation entre *hard law* et *soft law*, entre le *pouvoir* et le *savoir*.

Médiation : l'origine du mot renseigne sur ses vertus⁶³. Sa définition varie selon les contextes d'application ; mais on trouve des constantes : chaque fois qu'un tiers intervient pour faciliter une *relation* ou la compréhension d'une situation ; des éléments de pédagogie et de qualité relationnelle se retrouvent dans les pratiques de

61 V. l'attitude de la Commission à l'égard du groupe d'experts constitué en 2010 et qui, contrairement à ses propres dires, semble l'adouer d'une mission quasi législative. Sur cette méthode, v. H. CLARET, G. PIGNARRE et le groupe de travail du CDPPOC de Chambéry, « Les méthodes de la Commission, A quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint ? », *D.*, 2011, n°29, Point de vue, p. 1981. V. également, C. PÉRÈS, Livre vert de la Commission ... précité, p. 14s.

62 Dictionnaire de la langue française Robert, vol. 4, p. 741.

63 Selon l'encyclopédie Wikipedia, le mot est utilisé par les Romains, notamment pour « méditerranée » (la mer entre les deux terres), puis *medium*, *medius*. [...]. Néanmoins, le mot *mediolanum* désignait en Gaule celtique le centre d'un territoire. Alors, peut-être, la racine *medi* serait-elle d'origine celtique... La racine *medi* était présente dans d'anciens noms de villes de l'empire romain, par exemple, *Mediolanum*, désormais Milan (ville du centre) *Mediolanum Santonum*, désormais Saintes. *Med* se retrouve également dans *Médoc*, qui désignerait la terre entre les deux mers. Avec un sens identique, le latin *medulla* désigne le centre, la moëlle, utilisé par exemple dans insuffisance médullaire ou *medulla oblongata*, relatif au système nerveux central. Si l'origine indo-européenne est exacte, la racine *med* aurait le sens de réfléchir, qui peut se traduire par aider au diagnostic pour résoudre et se retrouverait également dans le mot médecine [...]. L'imprimerie aidant, c'est dans le Dictionnaire général et curieux de Maître César de Rochefort (1684) que le mot médiation apparaît puis dans le Dictionnaire universel de Furetière (1690), ensuite dans l'Encyclopédie française de 1694. Sa naissance est cependant identifiée 400 ans plus tôt, aux environs du XIII^e siècle, pour désigner une intervention humaine entre deux parties.

la médiation. Leur apparition sur la scène juridique suscite et continue de susciter aujourd'hui une littérature généreuse, tentant de les systématiser, certains même de les théoriser. Alors pourquoi ne pas tenter une analogie? L'instrument normatif ne pourrait-il pas opérer une médiation entre la *hard law* et la *soft law*?

Plus généralement, ne peut-il opérer un arbitrage entre efficacité et éthique⁶⁴, au risque, il est vrai, d'un certain cynisme⁶⁵ des règles facultatives ainsi élaborées dans l'espoir d'être plus efficaces? Le droit international, relayé aujourd'hui par le droit interne, en est traditionnellement friand⁶⁶: l'avènement d'un droit souple et la révolution des codes, chartes et autres recommandations de bonne conduite qui l'accompagnent et éclosent en force normative⁶⁷ de la règle en attestent si besoin était⁶⁸. Et le droit communautaire ne dément pas cette logique: il n'est que de songer à ce mode spécifique de construction du droit que constitue le livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises (on sait que le premier exemple apparaît en 1967). Les deux logiques normatives qui se sont succédées dans la politique adoptée par la Commission, chronologiquement parlant, peuvent (doivent?) maintenant être croisées d'un point de vue principal. Le futur instrument de droit européen des contrats ne peut échapper à cette évolution.

-12- Développement du raisonnement: Interdépendance de la *hard law* et de la *soft law*. À ce point de rencontre entre *hard law* et *soft law*, une conviction naît; la première est difficilement concevable sans la seconde et *vice versa*. C'est au demeurant l'orientation que veut donner la Commission à l'instrument normatif, officiellement tout au moins⁶⁹, tout au moins. Reste à savoir comment les concilier dans la perspective du futur instrument. À ce stade une remarque préliminaire s'impose. S'inspirant d'une doctrine autorisée, nous considérons que le tandem *hard law-soft law* ne doit pas être considéré comme une *summa divisio*⁷⁰ (dont les termes s'excluraient mutuellement), mais plutôt comme une paire, à savoir comme «deux éléments de même nature, deux choses identiques ou symétriques

64 A. WALD, «L'arbitrage entre efficacité et éthique», *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec 2007, p.715. Il s'agit aussi de la rencontre du droit et de la morale dont le consensualisme en est, par exemple, le point de rencontre. En ce sens, V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Thèse LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé, T. 480, p. 519.

65 J. DELGA, «De l'éthique d'entreprise et de son cynisme», *D.* 2004, p.3126 s.

66 *Lex Mercatoria*, clauses des contrats internationaux, principes Unidroit... ce mode d'élaboration de la norme irrigue aussi le droit interne, aujourd'hui.

67 C. THIBIERGE (dir.), *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009. On mesure dans cette approche l'intérêt pour la destinée des normes, leur réception, leur impact sur leur environnement et leurs destinataires.

68 C. THIBIERGE, «Le droit souple, Réflexions sur les différentes textures du droit», *RTD civ.*, 2008, p.599s.; M. LEHOT, «Propositions pour une rénovation...», étude précitée. *Add* K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, éd. Thémis, Montréal, 2008.

69 V. C. PÉRÈS, «Livre vert de la Commission ...», précité, p. 15.

70 V. Qu'est-ce que la *summa divisio*? Table ronde un colloque de la faculté de droit de l'Université de St Étienne, La *summa divisio* droit privé-droit public présente-t-elle encore un intérêt aujourd'hui?, 22-23 oct. 2009, à paraître dans les publications du CERCRIID.

utilisées ensembles». Si donc le principe de l'utilisation combinée des deux types de normes est acquis, reste à savoir comment les articuler, ce qui à un degré plus ou moins élevé, suppose de conjuguer les unes avec les autres. En effet, chaque type de norme peut intervenir tout en conservant son autonomie, le cas échéant en se voyant attribuer un domaine propre. C'est alors la coexistence qui domine avec des interférences minimales en cas d'application cumulative de la règle. Une forme de mise en concurrence, en somme, qui suppose de ne pas laisser chaque norme dans l'ignorance de l'autre. Mais il est aussi possible d'aller plus loin dans l'interrelation et, passant de la coexistence à la combinaison, de concevoir un mélange plus audacieux donnant naissance à une règle hybride unique, fruit de l'altération mutuelle de chaque type de normes. Mais alors en ce cas, jusqu'à quel degré d'imbrication et de métissage peut-on aller ? De la conjugaison à l'hybridation des normes, telle est donc la grammaire des options qui s'offrent à l'analyste incluant, ouverture oblige, des sous-combinaisons réalisées à partir des catégories « mères » ainsi dégagées.

1^{re} option : de la juxtaposition à la conjugaison des normes⁷¹

-13- Un instrument normatif de type pyramidal, mais pas seulement⁷².

Il est d'abord possible d'envisager un édifice normatif autonome⁷³ à plusieurs étages. Il a été ainsi proposé dans d'autres colonnes de construire un instrument comprenant un Préambule, puis un régime à base impérative, sur lequel se grefferait un, voire des régimes optionnels (composés de règles supplétives)⁷⁴. On se trouve en ce cas en présence d'une certaine mixité des normes ; une mixité conçue *a minima* certes puisque *hard law* (obligatoire) et *soft law* (facultative) ne sont pas mutuellement altérées, mais sont coordonnées. Cette option a ses mérites : elle peut permettre de tenir compte de la multiplicité des sources et des conceptions, tout en ralliant les destinataires de la règle sur la base d'un minimum incompressible. Les

71 Rappr. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Les voies du droit 1988, p.2359. La notion même de système repose sur l'existence de liens d'interdépendance entre les composantes de celui-ci.

72 Le juriste pense immédiatement à la pyramide de Kelsen ; compte tenu cependant de la nouvelle grammaire remettant en cause nos cadres de pensée traditionnels, il semble difficile pour ne pas dire impossible de se laisser enfermer dans un droit pyramidal. Ne vaut-il mieux penser le droit en réseau ? V ; à ce sujet, F. OST, « Temps et contrat, critique du pacte faustien », *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, LGDJ2000, p. 137 et s, spéc. p. 168 « Si le modèle positiviste valorisait les volontés en s'inscrivant dans une perspective moniste et hiérarchisée du système juridique, le modèle post-positiviste, en revanche, présuppose l'écriture du droit en réseau, c'est-à-dire la pluralité et l'enchevêtrement des sources de normativité entre lesquelles une collaboration est appelée à se développer » ; J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques entre droit commun et droits spéciaux », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279s.

73 Sur ce que l'autonomie peut être perçue comme une perversion, v. P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, éd. Larcier 2003, p.9, « dès qu'un phénomène humain accède au statut de système, il a un inéluctable penchant à l'autonomie. Le droit n'a pas échappé à cette coquetterie d'indépendance ».

74 V., les réflexions croisées du CDPPPOC, « Vers un droit européen des contrats ? », *RLDC* juillet-août 2011, p. 83 s., spéc, n° 16 s.

normes sont coordonnées entre elles et pas simplement juxtaposées dans la mesure où il pourrait être fait application de la règle du plus favorable en cas de conflit ou de concurrence entre l'une ou l'autre règle. Connaissant la fragilité du consensus entre les Européens, cette hypothèse pourrait rallier un certain nombre de suffrages, les uns et les autres s'y retrouvant. La proposition de « rassemblement » de directive de 2008, contenue désormais dans la directive du 25 octobre 2011, illustre cette logique en ce qu'elle contient un certain nombre de règles transversales couvrant tous les contrats de ventes et de services⁷⁵ ; mais s'en dégage en contrepoint une intensification considérable de l'harmonisation, avec le risque de basculer dans une harmonisation maximale généralisée, rendant difficile la possibilité de revenir dessus, ce qui rend compte des faiblesses de l'instrument ainsi conçu.

-14- Fragilités de l'édifice normatif ainsi conçu. Cette remarque faite et à supposer que cette solution soit la plus opportune, toutes les difficultés ne seraient pas résolues pour autant. En effet, les risques de divergence entre des modèles qui demeurent indépendants tout en réglementant des objets identiques) ne sont pas à exclure⁷⁶ ; si par ailleurs des conceptions différentes se développent entre la première et la seconde, laquelle prévaudra ? Si l'on en reste au schéma traditionnel pyramidal, l'obligatoire logiquement prévaudra sur le facultatif et l'incitatif. Mais est-il dans la logique (officielle) de la Commission de faire prévaloir le premier sur le second, au cas particulier, la construction déjà réalisée au titre de l'acquis communautaire ? Comme il l'a été, en outre, très justement remarqué, lorsque plusieurs sources sont éprouvées, avant de s'arrêter sur l'une d'elles, le choix se fait (au mieux) sur un fondement textuel extrêmement général⁷⁷, ce qui reviendrait ici à faire fi des sources secondes et à revenir à la case départ : un instrument élaboré unilatéralement. Plus gravement, cela ne signifierait-il pas que les tentatives de communication auprès des différents acteurs, destinées à rester lettre morte, seraient comme « un emplâtre sur une jambe de bois » ? Autant de questions qui montrent une fracturation de l'espace et du temps ; signe que la faisabilité de l'instrument doit non seulement s'inscrire dans le temps et obéir à une logique de progressivité, mais doit aussi tenir compte de toutes les sources que celles-ci se situent au centre (légicentrisme) ou à la périphérie (polycentrisme) de l'édifice normatif⁷⁸ ; que ces dernières soient dotées *ab initio* de force contraignante ou qu'elles puisent dans

75 Il existe déjà une proposition de « rassemblement » qui est faite avec la proposition de directive de 2008, qui concerne une partie du droit européen des contrats et donc du DCFR. Or cette proposition bouleverse l'approche communautaire du droit de la consommation et par répercussion les droits nationaux. Elle contient un certain nombre de règles transversales couvrant tous les contrats de ventes et de services (embryon de droit commun substitué à une série d'approches sectorielles). S'en dégage une intensification considérable de l'harmonisation (on bascule dans l'harmonisation maximale généralisée). On ne voit pas comment il serait possible de revenir là-dessus en envisageant un processus d'harmonisation minimale par exemple.

76 S. LAULOM, « Harmonisations législatives et stratégie européenne pour l'emploi », (2^e partie), *RD* 12/2007, p. 710s, spéc., p. 715.

77 E. SAVAUX, « Chronique contrats et obligations », *Rep. defren*, 2002, n°24, art. 37644, p. 1613.

78 Sur l'éclatement du monolithisme du droit (le légicentrisme n'étant plus de mise), laissant place au double pluralisme des sources et des interrelations entre celles-ci, v. spéc., M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation... », étude précitée, p. 2364 (v. spéc., la note 178). Sur la

la force incitative de leur élaboration, leur efficacité. En effet, la reconnaissance des droits ne suffit pas. Des éléments de *soft law* peuvent véhiculer une certaine conception qui ne se retrouve pas nécessairement dans les directives ou les textes législatifs et vice versa.

2^e option : de l'interaction à l'hybridation des normes

-15- L'hypothèse d'un instrument normatif métissé. « Les sources actuelles posent aux auteurs ce que l'on peut nommer des problèmes de qualification : il est difficile de les classer dans une catégorie de source préexistante car elles relèvent souvent de plusieurs phénomènes normatifs. Elles ont un caractère hybride de plus en plus prononcé. Nécessité donc de les repenser »⁷⁹. Distinct de l'acculturation juridique où il s'agit d'intégrer des constructions doctrinales ou des situations juridiques admises dans d'autres droits que le droit français, le métissage, véritable mélange normatif se traduit par une compénétration mutuelle de normes. Ces chevauchements explicites et implicites, fruits de compromis divers et variés, peuvent être sources de politiques renouvelées. Construire un instrument normatif configuré sur ce modèle est-il concevable ? La réaction première est une réaction de méfiance. Ne risque-t-on pas de bouleverser l'approche normative du droit communautaire et par répercussion celle des droits nationaux ? Une réflexion plus poussée invite cependant à nuancer ce jugement. Le droit social communautaire précisément, nous invite à « sortir de la pensée binaire »⁸⁰.

-16- Les Méthodes Ouvertes de Coordination (MOC) comme illustration de métissage de la norme. Aux côtés de la méthode classique de l'harmonisation législative, de nouvelles méthodes de gouvernance européenne existent. Les méthodes ouvertes de coordination qui s'épanouissent en droit social communautaire par le truchement de la stratégie européenne pour l'emploi en rendent témoignage⁸¹. Par-delà l'influence mutuelle que *hard law* et *soft law* vont exercer les unes sur les autres, la Méthode Ouverte de Coordination a été officiellement reconnue par les conclusions du Conseil européen de Lisbonne en 2000⁸². Elle repose sur la « définition de lignes directrices, accompagnées d'indicateurs quantitatifs et qualitatifs et assortis de calendriers spécifiques pour

dissémination et la multiplication des pouvoirs normatifs, v. N. MOLFESSIS, « La loi de la course », *RTD civ.*, 1998, p. 781 ; « La distinction du normatif et du non-normatif », *RTD civ.*, 1999, p. 729s.

79 M LEHOT, *Propositions pour une rénovation...*, étude précitée, p. 2340.

80 J. COMMAILLE, « La pensée sociologique de Jean Carbonnier, la flexibilité du droit », étude précitée, p. 45s., spéc., p. 46.

81 Certes, les autorités communautaires ne veulent pas qu'un quelconque discrédit soit jeté sur la méthode classique et veulent limiter l'influence des méthodes ouvertes de coordination ; mais à défaut d'entente, ce mode d'élaboration de la norme communautaire risque fort de s'imposer..., par la force des choses.

82 Des Méthodes Ouvertes de Coordination existent en matière de politiques économiques, d'inclusion sociale, de retraites et de santé ; domaines qui ont aujourd'hui fusionné avec l'adoption d'un processus commun [COM(2005)706 final, travailler ensemble, travailler mieux, un nouveau cadre pour la coordination ouverte des politiques de protection sociale et d'inclusion sociale dans l'UE]. Des Méthodes Ouvertes de Coordination émergent également dans les domaines de l'innovation, de l'éducation, des entreprises, de l'environnement ou de l'immigration.

assortir les objectifs désignés à court, moyen et long terme. Les lignes directrices européennes sont ensuite déclinées en politiques nationales et régionales, qui font l'objet d'un suivi périodique et d'une évaluation»⁸³. Les Méthodes ouvertes de coordination peuvent être présentées «comme une alternative lorsqu'une intervention législative n'est pas envisageable, soit du fait de l'absence de compétences soit du fait de l'impossibilité de parvenir à un accord entre les États membres»⁸⁴. Le rôle qui leur est ainsi attribué fait songer à une norme subsidiaire, appelée à se substituer provisoirement et en tant que de besoin à la norme principale, ce qui représente déjà de réels avantages, surtout si l'on songe à la fragilité des consensus européens à l'égard de la construction communautaire. On peut cependant aller plus loin encore dans le raisonnement en tentant de dégager de l'entremêlement des normes un ensemble unique. Cela est-il possible? Quelles en seraient les incidences? Les méthodes ouvertes de coordination en général – la SEE (Stratégie européenne pour l'emploi) en constituant l'une des premières –, présentent une nouveauté incontestable qui «tiendrait moins à l'émergence d'un nouveau mode de régulation qu'à l'hybridation⁸⁵ ou aux différentes combinaisons des processus normatifs qu'il induit». Les MOC peuvent prendre des formes très diverses selon leur assise juridique; leur définition, plus ou moins précise, est fonction des objectifs fixés, de l'intensité du processus de contrôle⁸⁶, des acteurs intervenant et enfin de la périodicité du processus⁸⁷. La MOC aboutit ainsi à une dilution de la méthode classique qui est au fondement de l'intégration communautaire: la frontière s'effaçant entre le moment de la décision et celui de la transposition⁸⁸. Partant de ce constat, une auteure s'interroge sur une authentique possibilité d'hybridation entre droit de *soft et de hard law*. «La MOC est-elle une menace pour la méthode classique communautaire ou au contraire un préalable devenu nécessaire à son intervention?» se demande-t-elle et d'ajouter plus avant: «son existence traduit-elle l'incapacité à agir de l'Union européenne ou au contraire son aptitude à gérer une nouvelle forme de gouvernance mieux adaptée aux évolutions de l'UE?»⁸⁹. Transposée à notre hypothèse de travail, cela donnerait un instrument normatif, composite, dont le contenu, éponyme, n'exclurait pas une certaine hétérogénéité. Né des chevauchements explicites et implicites entre les règles et fruit de compromis politiques renouvelés, il pourrait s'alimenter à différentes sources et s'édifier progressivement en fonction des consensus réalisés. Que l'on nous comprenne bien il ne s'agirait pas de «dénucéler» la norme communautaire, mais plutôt de

83 S. LAULOM, «La Stratégie européenne pour l'emploi, alternative à l'harmonisation?» (1^{re} partie), *RDT* 11/2007, p. 645.

84 S. LAULOM, étude précitée (1^{re} partie) *op. et loc. cit.*

85 V. à ce sujet, D. M. TRUBEK, L. G. TRUBEK, «The open method of co-ordination and the debate over «hard and soft law», *The open method of Co-ordination in Action*, J. Zeitlin, P. Pochet (dir.), New York, Peter Lang, 2005. V. également les références citées par S. LAULOM, *op. et loc. cit.*

86 La possibilité de faire des recommandations aux États membres n'existe pas toujours.

87 S. LAULOM, étude précitée (1^{re} partie), p. 645.

88 S. LAULOM, étude précitée (1^{re} partie), p. 647.

89 S. LAULOM, étude précitée, (1^{re} partie), p. 643.

la décentrer⁹⁰. Sans que soit remis en cause le futur «acquis communautaire», sorte de minimum incompressible dont le contenu resterait à déterminer, la texture ouverte d'une telle norme permettrait, *via* le dialogisme, de ne pas figer l'instrument, mais plutôt en le revisitant régulièrement, de l'ajuster aux besoins du moment (*i.e.* des politiques nationales; l'antériorité des droits nationaux ne peut être gommée). Ce procédé de fabrication progressive de la norme évoque, sans s'y identifier totalement, la théorie allemande de la «punctuation»⁹¹.

-17- L'hybridation de la norme⁹²: une alternative souhaitable ou dangereuse? Appréciation critique. Envisager la production d'une norme hybride peut apparaître aux yeux de certains comme une alternative dangereuse. Le «mélange des genres» entre le normatif et le non normatif n'a-t-il pas été, en son temps, déploré⁹³? Le foisonnement de normes, l'inflation des sources, entraînerait a-t-on remarqué un certain discrédit du droit⁹⁴. Pour autant, les risques ne viennent pas tant, à notre avis, du «désordre ainsi constaté»; celui-ci pouvant être la chance d'une mutation «épistémologique» vers une conception plus complexe⁹⁵ et plus réaliste de l'ordre juridique, il n'est que de songer aux réagencements conceptuels du droit contemporain. Non, les risques ainsi que l'incertitude sur la faisabilité d'un instrument ainsi façonné, proviennent, selon nous, beaucoup plus des attermoissements, pour ne pas dire des incohérences de la Commission; car, en fin de compte, il est bien difficile de savoir ce que veut l'autorité communautaire qui, tout en même temps interroge les citoyens sur la faisabilité d'un instrument en droit des contrats et en particulier sur l'opportunité de la révision de l'acquis communautaire en droit de la consommation (ce qui laisse à penser que l'on est encore au stade des discussions et de la concertation) et

90 Ce que l'on voudrait mettre en valeur, c'est non seulement le centre mais aussi la périphérie; montrer qu'en accord avec la reformulation des questions historiques et culturelles, un examen décentré du droit s'impose (JCG). Sur le décentrement des sources, v. l'étude substantielle de M. LEHOT, «Propositions pour une rénovation...», précitée.

91 «On désigne [...] par le mot de 'punctuation' la formation du contrat par couches successives, ou encore la conclusion du contrat point par point... Le contrat cesse alors d'être un double monologue pour devenir un dialogue. Au cours des négociations, les parties se mettent petit à petit d'accord sur les différents éléments que doit comporter le contrat... Quelle est la valeur juridique de cet accord partiel?». A. RIEG, «La punctuation, contribution à l'étude de la formation successive du contrat», *Mélanges Alfred Jauffret*, LGDJ 1974, p. 593.

92 Rappr. A. BÉNABENT, *De l'hybridation dans les contrats, Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, éd. Dalloz 1999, p. 27.

93 N. MOLFESSIS, «La distinction du normatif et du non normatif», *RTD civ.*, 1999, p. 729, «C'est un bien étrange mystère que le XX^e siècle nous laissera en héritage. À la quiétude du siècle précédent, ramenant le droit à la loi et la loi à la règle, a succédé un désordre normatif des plus troublants, enchevêtrement des sources, devenues insaisissables sinon inclassables, lois que l'on dit sans droit, règles sans normes, normes sans contrainte... tous hybrides monstrueux, dénoncés de toutes parts, désavoués par leurs auteurs mêmes et pourtant proliférant, comme par désenchantement». Adde «La distinction du normatif et du non-normatif dans les textes de loi (ou comment le Conseil constitutionnel répond à la proactivité constitutionnelle des requérants)», *Justice*, janvier-mars 1997, n°5, p. 232s.

94 PH. MALAURIE, «La Convention Européenne des droits de l'homme et le droit civil français», *JCP* 2002, I, 143, n°23. Ce discrédit est recensé par l'auteur comme un effet pervers.

95 Rappr. M. DELMAS-MARTY, *La mondialisation du droit, chances et risques*, préc., p. 46.

mandate un groupe d'experts (sur la légitimité duquel on peut d'ailleurs discuter) qui, loin de s'interroger sur une telle faisabilité confectionne un projet « clef en mains » doté d'un contenu précis. À moins que la réalité ne soit moins glorieuse et que l'on ne soit tout simplement en présence d'un marché de dupes, la Commission feignant de recourir aux règles du jeu de la démocratie participative, pour mieux les travestir, s'efforçant de pratiquer « une douce persuasion berçant les citoyens au rythme de la concertation et de la conviction, tandis qu'elle forge ni plus ni moins, parallèlement une norme octroyée »⁹⁶. Quoi qu'il en soit, et même si, au bout du compte, la décision devait provenir unilatéralement de l'autorité communautaire – à moins qu'elle nous surprenne –, la force de proposition qu'elle a, loyalement ou non, accordée aux citoyens de l'Union demeure.

-18- Tracer des ouvertures. Édifier des ponts, malgré tout ? Le droit de *soft law* serait-il appelé à se substituer aux harmonisations législatives traditionnelles ? L'hypothèse peut constituer une perspective stimulante à l'horizon des prochaines décennies. Il deviendrait possible de promouvoir, par-delà l'inter-normativité, une véritable trans-normativité, libératrice de la dialectique binaire, forcément réductrice du droit commun et du droit spécial, et permettant à l'esprit de cheminer transversalement. Mais en contrepoint, seule une réalisation progressive de l'instrument normatif constituera un mode adéquat de régulation des relations au sein de l'Union européenne, surtout si cet instrument est destiné à servir de base à un futur code européen des contrats, voire des obligations. L'important n'est-il pas en fin de compte de penser de manière intégrée, quelle que soit la perspective adoptée ? Cette opinion, nous voudrions la conforter, comme on le verra plus loin⁹⁷, en prenant comme référence le droit social communautaire où il n'est pas utopiste de concevoir une norme hybride, déployant sa normativité par le truchement du **dia**-logue (social).

96 V. à ce sujet, le Point de vue D., 2011, n°29, p. 1981, de H. CLARET, G. PIGNARRE et le groupe de travail du CDPPOC.

97 V. *infra* l'étude consacrée à cette question.

L'APPORT INSOUÇONNÉ DU DROIT SOCIAL COMMUNAUTAIRE À L'ÉLABORATION D'UN INSTRUMENT NORMATIF EN DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT

GENEVIÈVE PIGNARRE

-1- Le choix délibéré de prendre le droit social communautaire comme référence matricielle du futur instrument normatif. De nombreux travaux ont été respectivement consacrés à l'élaboration d'un futur instrument normatif en droit européen des contrats comme à la politique sociale dans une Union européenne élargie. L'idée de croiser l'élaboration du premier avec les méthodes et objectifs de la seconde, n'a pas encore été sollicitée à notre connaissance. S'il est vrai que les relations entre le droit civil et droit du travail ont été généreusement et substantiellement explorées¹, celles susceptibles d'être nouées entre droit social communautaire et révision de l'acquis communautaire, voire édification d'un nouvel instrument normatif en droit européen des contrats, le sont nettement moins, *a fortiori*, lorsqu'il est question d'emprunter aux méthodes de l'un, de puiser aux modèles qu'il inspire, pour les transposer dans le giron de l'autre. Cette association peut paraître curieuse, voire incongrue; elle appelle donc des explications: pourquoi un tel choix? Sur quels moyens l'asseoir?

-2- Force exploratoire et attractivité du droit social communautaire. Si le droit social communautaire a été retenu², c'est tout d'abord parce que, à l'image du droit social interne, il constitue, croyons nous, une sorte de laboratoire expérimental du droit et montre la voie.

On note déjà, quantitativement l'accroissement du nombre d'actes communautaires intervenant dans des domaines de plus en plus nombreux du

1 G. LYON-CAEN, «Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail», *RTD civ.*, 1974, p. 229s; G. COUTURIER, «Les techniques civilistes et le droit du travail, chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues», *D.* 1975, chron., p. 151 et 221; «Droit civil et droit du travail», *Dr. Social*, numéro spécial, mai 1988, Actes du colloque de Montpellier, 18 mars 1988. «Droit des contrats et droit du travail» (1^{re} partie), *RDT* 2007/5, p. 339s; 2007/6, p. 21s. «Droit du travail et responsabilité civile» (2^e partie), *RDT* 2008/1, p. 55s.

2 Nous remercions vivement SYLVAIN LAULOM, qui, par le truchement de ses travaux [respectivement consacrés à «La Stratégie européenne pour l'emploi, alternative à l'harmonisation?», *RDT* 2007/11, p. 643s (1^{re} partie) et aux «Harmonisations législatives et Stratégie européenne pour l'emploi», *RDT* 2007/12, p. 710s (2^e partie)], nous a inspiré l'idée d'emprunter aux méthodes utilisées en droit social communautaire pour façonner le futur instrument normatif en droit européen des contrats. Les deux études précitées seront désormais citées par le seul sigle, 1^{re} ou 2^e partie, en fonction de leur date de parution respective.

droit social (qu'il s'agisse de l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, de l'égalité de traitement ainsi que de la lutte contre les discriminations, de la santé-sécurité et de la participation des représentants des travailleurs aux décisions³) et dont l'impact sur le droit des États membres se fait de plus en plus significatif. Mais cette constatation n'est pas spécifique au droit social communautaire, loin s'en faut, ce phénomène touchant également d'autres champs disciplinaires⁴. Il nous faut donc aller plus loin et observer qu'en droit social communautaire l'intervention conjointe du droit de *hard law* et de *soft law* présente des spécificités susceptibles de retenir l'attention. Aux côtés des règlements et directives existent des lignes directrices adoptées dans le cadre de la Stratégie européenne pour l'emploi et schématisées au travers d'une Méthode Ouverte de Coordination, qui, en tant qu'instrument *légiférant* n'a pas encore reçu de consécration institutionnelle; l'appréhension de ces processus normatifs d'un genre peu commun, suscite la mise en place de méthodes originales. La conjugaison de deux modes de production de la norme devient un facteur de synergie. D'où l'idée (plurielle), qu'il pourrait être fécond, d'emprunter aux méthodes du droit social communautaire⁵ dans l'élaboration du futur instrument normatif (I) ainsi que d'exporter les modèles de justice qui inspirent la substance de ses objectifs (II).

I - Une méthode d'élaboration normative à emprunter au droit social communautaire

-3- Méthode communautaire classique et Méthode Ouverte de Coordination (MOC). Alors que le socle du droit social communautaire est constitué d'un ensemble de directives qui ont été les instruments privilégiés des harmonisations législatives, le développement de la stratégie européenne pour l'emploi pose la question centrale de la place laissée aux directives sociales communautaires dans la réglementation des relations de travail et plus généralement de l'articulation entre méthode communautaire classique et MOC, la stratégie européenne pour l'emploi constituant l'une des premières MOC à être mise en œuvre⁶.

3 Sur cette évolution, v. S. LAULOM, Étude précitée, 1^{re} partie, p.644s; 2^e partie, p.710s (en matière d'égalité professionnelle, spécialement).

4 Il n'est que de songer, par exemple, à l'œuvre communautaire réalisée en droit de la consommation, droit de la concurrence...

5 Un type de méthode a été privilégié compte tenu de la richesse heuristique qu'il nous a paru présenter; il est un parmi *beaucoup*. Rapp., en ce sens, F. GÉA, «Dialogisme, interprétation et traduction en théorie du droit. Interactions paradigmatiques», A. Bailleux, Y. Cartuyvels, H. Dumont et F. Ost (dir.), *Traduction et droits européens, enjeux d'une rencontre, Hommage au Recteur Michel van de Kerchove*, Publications des facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles 2009, n°125, p.588 et plus largement, F. GÉA, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, (2 tomes), préface, A. Lyon-Caen; Avant-propos C. Marraud et R. de Quenaudon, T. I, vol. 1, n°8, p.25, l'auteur précise sa démarche, adoptant «une théorie du droit intégrant l'idée du pluralisme méthodologique».

6 La stratégie européenne pour l'emploi depuis 10 ans constitue un domaine clé de l'intervention communautaire en matière sociale. Le livre blanc sur la gouvernance européenne constitue l'un des rares documents communautaires à aborder la question des rapports entre la MOC et la méthode classique communautaire fait de celle-là un instrument subsidiaire par rapport à celle-ci.

Expliquer (A) ce qu'est une Méthode ouverte de coordination devrait nous permettre de mieux *comprendre*⁷ (B) à quelles fins elle est utilisée, pour, *in fine*, mesurer l'opportunité d'opérer cet emprunt méthodologique au droit social communautaire, dans la perspective du futur instrument normatif. L'intervention conjointe de la stratégie européenne pour l'emploi et de directives sociales permet de donner une idée de la substance des relations existantes entre ces deux processus normatifs⁸. La perspective change : elle est plus cognitive que normative.

A) *Expliquer ce qu'est une Méthode Ouverte de Coordination*

-4- Approche exégétique de la Méthode Ouverte de Coordination.

Au-delà de son terrain d'application qui est la politique de l'emploi, la Stratégie européenne pour l'emploi va servir de modèle à la construction d'un nouveau mécanisme d'intervention : la *Méthode Ouverte de Coordination*. Le processus est désigné, quelques clarifications conceptuelles s'imposent. Une étude linéaire du groupe sémantique ainsi référencé nous permettra sommairement d'en retracer la genèse : Une Méthode Ouverte de Coordination est :

- Une « méthode »

La méthode – de *methodus-methodos*⁹ – signifie proprement « cheminement, poursuite », mais l'on est passé du concept constatatif (le chemin suivi) au concept normatif (le chemin à suivre) : de là, le sens de « recherche, traité, doctrine scientifique¹⁰. Tel apparaît le procédé raisonné de mise en œuvre de réalisation des droits inscrits dans les directives. Souvent « théorisée au gré d'une réalité plus désirée qu'effective »¹¹, les Méthodes ouvertes de coordination constituent des lignes directrices (pour l'emploi)¹², désormais présentées avec les grandes orientations de Politiques économiques dans un document unique. Elles sont adoptées pour une période de trois ans, à l'issue d'une procédure minutieuse¹³.

7 Sur ce que la compréhension et l'explication ne sont nullement séparées mais s'interpénètrent au sein d'un couple dialectique, v. P. RICOEUR, « Expliquer et comprendre », *Du texte à l'action. Essais d'hérnéneutique*, II, Points, Essais, 1998, p. 180. Pour ce philosophe, l'explication sans compréhension « ferait du texte « une machine de fonctionnement purement interne auquel il ne faudrait poser aucune question réputée psychologisante », ni en amont du côté de l'intention de l'auteur, ni en aval du côté de la réception par un auditoire, ni même dans l'épaisseur du texte du côté d'un *sens* ou d'un message distinct de la *forme* même (*Ibid.*, p. 183).

8 S. LAULOM, Étude précitée, 1^{re} partie, p. 643-644.

9 Le substantif 'méthode' est un emprunt (1537) au bas latin *methodus*... il s'agit d'un terme scientifique employé en médecine, en géométrie et en rhétorique. Il est aussi emprunté au grec *methodos*, formé de *meta* (au milieu de) et de *hodos* (route, voie, direction qui mène au but. La racine indoeuropéenne est *sed* (seoir).

10 Dictionnaire historique de la langue française (A. REY dir.), le Robert, 2010, p. 1323.

11 S. DE LA ROSA, *La Méthode Ouverte de Coordination dans le système juridique communautaire. Recherche à partir des applications en matière sociale et d'emploi*, Thèse Aix-Marseille III, 2006.

12 Dans leur dernière mouture, les lignes directrices sont organisées en trois objectifs principaux : le plein-emploi, la qualité et la productivité du travail, la cohérence et l'insertion sur le marché du travail.

13. V. la description de cette procédure par S. LAULOM, étude précitée, 1^{re} partie, p. 644-645 : « sur la base des conclusions du Conseil européen et des propositions de la Commission, après diverses

- Une méthode « ouverte »

Le qualificatif a son importance¹⁴ : si la méthode est ouverte, c'est que « le processus se veut participatif¹⁵ et l'accent est mis sur la nécessité d'y associer l'ensemble des parties concernées, publiques et privées, au niveau national, régional et local »¹⁶. Cette manière de voir s'impose à plus forte raison dès lors que l'on cesse de considérer les différents axes séparément (comme des alternatives qui s'excluent mutuellement) et qu'on les examine simultanément, comme des axes qui se chevauchent implicitement ou explicitement. L'ouverture fait surgir en contrepoint la question de la frontière. Celle-ci se pose, naturellement, compte tenu de la diversité des champs normatifs embrassés ainsi que de leur provenance d'horizons distincts ; d'où l'indispensable coordination.

- Une méthode ouverte de « coordination »

La Méthode Ouverte de Coordination est expressément basée sur des instruments de régulation de caractère non législatifs¹⁷. Elle implique un processus de va-et-vient, de dialogue permanent entre le niveau national et le niveau communautaire et entre les différents États participants [...] »¹⁸. Gardons bien présent à l'esprit qu'il s'agit de coordonner, non de légiférer ; d'inciter plus que de sanctionner, l'instrument fait ainsi songer de prime abord au droit *soft*. La réalité est certainement plus nuancée et plus complexe ; mais nous retiendrons à ce stade de l'analyse, la mise en évidence d'un processus, régulateur, essentiellement incitatif – donc dénué de toute sanction – et qui poursuit un objectif de justice sociale. Aussi logiquement, les MOC font-elles l'objet d'un suivi périodique et d'une évaluation¹⁹. Si l'on veut être attentif aux spécificités nationales ainsi qu'aux forces et cadres

consultations, le Conseil adopte, à la majorité qualifiée, chaque année des lignes directrices pour l'emploi à destination des États membres. Chaque État membre doit alors élaborer un plan d'action national (et régional) décrivant la réalisation de ces lignes directrices. Le Conseil examine ces plans et il peut décider, à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission, d'adopter des recommandations spécifiques par pays. Enfin, la Commission et le Conseil examinent ensemble les plans d'action nationaux et présentent un rapport conjoint sur l'emploi qui permettra la préparation de nouvelles lignes directrices pour l'année suivante». L'ensemble de ces documents est consultable sur le site de la Commission européenne : <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=fr>.

14 Dont il ne faudrait pas cependant exagérer la portée si l'on songe que l'on observe dans les MOC, un certain effacement des acteurs institutionnels, le parlement européen n'étant que consulté par exemple, la CJUE ne joue pas ici le rôle clef qui a pu être le sien dans l'harmonisation des législations nationales.

15 Rappr. La volonté, théorique tout au moins, de la Commission de lancer une vaste consultation relativement à l'édification d'un futur instrument normatif en droit des contrats.

16 S. LAULOM, Étude précitée, 1^{re} partie, p. 645.

17 Ainsi le Traité précise-t-il que les mesures prises dans le cadre de la Stratégie européenne pour l'emploi « ne comportent pas d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres ».

18 S. LAULOM, Étude précitée, 1^{re} partie, p. 645.

19 Rappr. A. JEAMMAUD et E. SERVERIN, « Évaluer le droit », *D.* 1992, chron., p. 264 : La recherche doit passer d'une « évaluation formaliste des règles de droit à une évaluation prenant en compte la réaction des acteurs, le cadre institutionnel et le contexte historique ». V. aussi, A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199s.

transnationaux qui caractérisent les normes actuelles dans le modèle ainsi théorisé, « ce processus induit une redéfinition permanente des objectifs et des moyens de leur réalisation »²⁰. Sachant que la MOC est à mi-chemin des droits de *hard et de soft law*²¹, la fluidité qui lui est propre laisse s'exprimer des phases d'imbrication, d'antagonisme ou d'ignorance mutuelle, inéluctables, compte tenu des intérêts réciproques en jeu. Pour autant, il n'est pas exagéré lorsque la *co-ordination* entre les types de droits est efficiente d'envisager une atténuation (effacement?) des *arêtes frontalières* les plus saillantes. Il peut y avoir compatibilité des diverses stratégies. Des solutions croisées peuvent se renforcer quand elles sont poursuivies simultanément. Dans son herméneutique de l'histoire, Paul Ricoeur a recours à la notion de « temps bifurqué » (opposé au temps chronologique), qui « désigne un réseau de perspectives croisées entre l'attente du futur, la réception du passé, le vécu du présent, sans *Aufhebung*²², dans une totalité où la raison et son effectivité coïncideraient »²³. Il nous renvoie ainsi au concept de médiation imparfaite, encore inachevée et en attente ; laissée comme en suspens, pourrait-on ajouter.

B) Comprendre l'intérêt d'emprunter aux méthodes du droit social communautaire

-5- Des références communes. L'analyse « mot à mot » d'une MOC, effectuée, le moment est venu d'en opérer la synthèse. Emprunter pareille méthode serait, nous semble-t-il, assurément cohérent à la lumière des intérêts en cause. Examinons cette proposition. Transposée à notre objet d'étude, la question devient : s'il est possible de définir une stratégie européenne en matière contractuelle, il importe de rechercher le degré de pénétration de l'influence (réciproque) qu'elle entretiendrait avec l'acquis communautaire et par-delà, avec le futur instrument normatif.

20 S. LAULOM, Étude précitée, 1^{re} partie, p. 646.

21 Sur ce que l'opposition entre *hard law* et *soft law* apparaît quelque peu réductrice au regard notamment de la Stratégie européenne pour l'emploi qui présente quelques spécificités, v. K. ARMSTRONG, C. KILPATRICK, *Law Governance or new Governance? The Changing Open Method of Co-ordination*, http://www.eu-newgov.org/database/DELIV/DLTFIaD5e_Changing_OMC.pdf. Adde sur le fait que contrairement à ce qui passe passé en droit communautaire classique, il est difficile en cas de MOC de séparer nettement le moment de la décision de celui de sa transposition, A. LYON-CAEN et J. AFFICHARD, « From legal norms to statistical norms », O. de Schutter, S. Deakin (dir.), *Social Rights and Market Forces: is the open coordination of employment and social policies the future of social Europe?*, Bruylant, 2005, p. 148.

22 Ce substantif allemand difficile à traduire en français correspond à un concept central de la philosophie de Hegel. Il caractérise le processus de dépassement d'une contradiction dialectique où les éléments négatifs sont éliminés et les éléments positifs conservés. « sans *Aufhebung* » pourrait donc signifier que le croisement des perspectives ne déboucherait pas sur l'élimination de certaines d'entre elles au profit d'autres supposées meilleures, mais les prendraient toutes en compte. Les unes ne seraient pas subsumées sous les autres. La politique serait-elle ici dépassée par la praxis?

23 J. GREISCH : « 'Temps bifurqué' et temps de crise », *La Pensée Ricoeur, Rev., Esprit*, 1988, p. 88s ; p. 89 pour la citation.

-6- Une complémentarité existante²⁴? Une Méthode Ouverte de Coordination est dotée de bien des potentialités²⁵. Son procédé de fonctionnement évoque un processus de « va-et-vient », tel un « sas » qui fonctionnerait comme une zone non figée d'expérimentation. Un lieu de passage et non de résidence de la norme si l'on ose dire, et qui de par son contenu hétéroclite fonctionnerait tous azimuts : de bas en haut et d'amont en aval, certaines règles ayant provisoirement vocation à être promues, d'autres à être déchuës ; d'aucunes n'étant pas encore normées, tandis que les autres ne le seraient déjà plus. Du fait du caractère non définitif conféré au statut des règles ainsi contenues, grande latitude serait laissée aux acteurs (institutionnels ou non) pour délimiter le champ d'une norme²⁶, pouvant fonctionner par intermittence, intervalles, de manière discontinue ; du point de vue de la force normative, l'impératif pourrait devenir supplétif, l'obligatoire verser dans l'incitatif, le particulier être généralisé (ce qui évite leur mise en concurrence) et *vice versa*. Il ne s'agirait donc pas de privilégier telle ou telle règle au détriment de telle ou telle autre. Plus qu'un filtre, le processus décrit pourrait traduire une forme de politique juridique *hic et nunc*, au nom de laquelle seraient *sélectionnés* un certain nombre d'objectifs qu'il serait opportun d'adopter sans rien préjuger du contenu définitif de la norme.

L'avantage et l'efficacité de ce système qui procède par étapes réversibles, est d'augmenter sensiblement les chances de voir les règles communautaires ainsi élaborées être *intériorisées* par les États, leurs citoyens et donc d'être susceptibles d'application spontanée. En outre, rien n'empêche, si les règles de *soft law* par essence non contraignantes font la preuve de leurs vertus, de leur conférer la force propre à celles de *hard law* ; le provisoire lié à la progressivité est un facteur de bonne intégration de la règle pouvant être promue en norme définitive.

Asseoir la pertinence d'un emprunt méthodologique est préalablement nécessaire, mais non suffisant. Un saut conceptuel supplémentaire peut (doit?) être effectué. L'idée s'ancre que le développement d'une Méthode Ouverte de Coordination pourrait servir à la mise en œuvre concrète de principes directeurs inscrits dans le futur instrument normatif. La méthode utilisable cède alors la place à différents modèles de justice transposables du droit social communautaire dans le futur instrument en droit européen des contrats.

24 D'aucuns notent que cette complémentarité reste encore embryonnaire mais pourrait être augmentée, constatant ainsi les fortes potentialités de la méthode en question. En ce sens S. LAULOM, Étude précitée, 2^e partie, p. 712.

25 Sur ce que les MOC (méthodes ouvertes de coordination) peuvent être envisagées comme instruments de mise en œuvre des droits fondamentaux, v. S. LAULOM, Étude précitée, 2^e partie, RDT 2007, p. 713.

26 Le droit ici côtoie des aspirations qui relèvent du « non droit » mais un non droit qui aspire à devenir norme à son tour, pour accéder au stade suprême, celui des droits proclamés. V. plus largement, dans l'ouvrage, G. NICOLAU et *alii*, *Ethnologie juridique*, Dalloz 2007, les développements consacrés au non-droit, p. 121 s.

II - Des modèles de justice transposés du droit social communautaire à éprouver

-8- Nécessité de fonder le futur instrument normatif sur des principes communs... et dont le droit social communautaire est déjà nourri. Entre les lignes directrices du droit social communautaire²⁷ et des principes directeurs susceptibles d'irriguer l'instrument à édifier en droit européen des contrats, la frontière n'est ni étanche, ni rigide. Des correspondances, sources de fécondité heuristique, peuvent être établies. Trois objectifs saisis classiquement par le droit social (européen) et envisagés aujourd'hui par le DCFR nous paraissent illustrer de manière topique cette position. La lutte contre les discriminations²⁸, tout d'abord, l'information précontractuelle du contractant²⁹ ensuite, l'exigence de bonne foi dans le contrat³⁰, enfin. Partant de ce triple ancrage, on voudrait montrer que pour chacun de ces axiomes, une transposition calquée sur le modèle d'un type préférentiel de justice³¹ est possible. Pour ce faire, une mise à l'épreuve de ces phénomènes normatifs va être tentée sous l'égide d'un triple questionnement philosophique. Seront ainsi envisagés successivement : la conceptualisation de la notion de parité de participation comme modèle de justice sociale dans la lutte contre les discriminations en droit du contrat (A), la formalisation d'un espace de discussion comme modèle de justice procédurale dans l'éclairage du consentement du contractant, ensuite (B), l'hybridation de la norme et des valeurs (du droit social communautaire) comme modèle de justice déontologique pour appréhender la bonne foi contractuelle (C).

27 Rapp., la notion de flexisécurité, porteuse d'acception diverses, entendue en droit social communautaire au sens de l'approche définie par les lignes directrices, comme l'objectif visant à «favoriser la flexibilité en la conciliant avec la sécurité de l'emploi et réduire la segmentation du marché du travail, en tenant dûment compte du rôle des partenaires sociaux» (ligne directrice 21, version 2005-2008, décision du Conseil du 12 juillet 2005, relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi dans les États membres, JOUE 2005 205/21).

28 DCFR Livre II, chapitre 2, articles 2 : 101 à 2 : 105.

29 DCFR Livre II, chapitre 3, section 1, articles 3 : 101 à 3 : 107.

30 DCFR Livre II, chapitre 1, articles 1 : 101 à 1 : 104.

31 Priorité mais non exclusivité, c'est dire que les trois types de justice ne sont pas attribués exclusivement, distributivement et définitivement à tel objectif et point à tel autre, mais fonctionnent plutôt sur le modèle du réseau, voire de la circularité. Pour le dire autrement, chacun des types de justice peut servir de modèle, à des degrés divers il est vrai, aux trois objectifs fixés. Ainsi par exemple, le modèle de justice sociale (le plus large il est vrai), qui postule reconnaissance et redistribution (v. *infra* n° 10s), peut servir de justification à une information éclairée du contractant, ce dernier devant être reconnu pour ce qu'il est et recevoir l'information adéquate en fonction de ses qualités ; le modèle de justice procédurale propice à la discussion et au dialogue social, peut aussi constituer un terreau favorable à la police du contrat, l'équilibre reposant sur la bonne foi des protagonistes sociaux dans la négociation comme l'exécution de la norme ; la même remarque peut être faite à propos de la parité de participation qui postule l'égalité de traitement des différents partenaires conventionnels etc.

A) La « parité de participation » : comme modèle de justice sociale dans la lutte contre les discriminations en droit du contrat

-9- Parité de participation : thèse et synthèse. Façonnée et conceptualisée par Nancy Fraser, à partir de l'étude du genre, de la race et des sexualités méprisées, la notion de *parité de participation* constitue l'axe central de son ouvrage : Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution³². Pour la philosophe américaine, pareille notion constitue le pivot normatif du nouveau cadre théorique de justice sociale ainsi élaboré³³.

Brevitatis causa, et en espérant ne pas trahir la pensée de l'auteure, l'idée centrale de la démonstration chère à Nancy Fraser consiste à dépasser la notion d'une justice sociale conçue comme bidimensionnelle – et donc assise sur les deux pivots normatifs : redistribution (qui relève de l'économie politique) / reconnaissance (enracinée dans une dimension culturelle ou symbolique) –, pour lui préférer la notion de parité de participation (modèle de justice sociale) qui postule une utilisation simultanée de ces deux paradigmes ainsi que de leurs remèdes respectifs. Ainsi existe-il des remèdes *correctifs* à l'injustice, « qui visent à corriger les résultats inéquitables de l'organisation sociale sans toucher à leurs causes profondes » (on songe ainsi à la réallocation des ressources en cas d'inégalités trop criantes) et des remèdes *transformateurs* « qui visent les causes profondes » de l'injustice (ainsi des dénis de reconnaissance en cas d'irrespect de l'identité, des atteintes au statut des personnes).

-10- « Redistribution ou reconnaissance anatomie d'une fausse antithèse ». La philosophe américaine montre alors de façon convaincante que, lorsque ces deux types de justice sont appréhendés de manière originelle et spécifique, le dualisme substantialiste qui les fonde³⁴, repose sur un dilemme : les politiques correctives de redistribution intervenant lorsque les inégalités économiques deviennent inéquitables, semblent aux antipodes des politiques transformatrices de reconnaissance, plus opérationnelles en cas de déni de respect de l'identité d'une personne ou d'un groupe. Pareil dilemme devient insoluble en présence de différenciations mixtes : lorsque les personnes concernées ont autant besoin de redistribution que de reconnaissance³⁵. Et de montrer avec force d'exemples, l'incompatibilité de ces deux logiques, « une approche (visant à redresser les injustices de redistribution (pouvant) finir par créer des injustices de reconnaissance », voire, les risques de leur aggravation mutuelle. Ainsi « la redistribution corrective peut stigmatiser les personnes défavorisées, ajoutant l'insulte du déni de reconnaissance à l'injure du dénuement »³⁶.

32 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, (Introduction et traduction par E. Ferrarese), La découverte, Paris, Poche, 1^{re} éd., 2005, 2^e éd. 2011.

33 La notion de parité de participation irrigue l'intégralité de l'ouvrage. On lira cependant plus spéc., p. 49, 51s, 54s, 58s, 60s.

34 Pour N. FRASER, (*Qu'est-ce que la justice sociale ? ...*, ouvrage précité, p. 65), « Le dualisme substantialiste n'est pas une solution au problème mais un symptôme de celui-ci ».

35 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ? ...*, ouvrage précité, p. 69.

36 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ? ...*, ouvrage précité, p. 35.

-11- Aspects émancipateurs des deux paradigmes. Pour dépasser l'opposition: redistribution/reconnaissance, Nancy Fraser la situe «entre symptômes et causes et *non* (en italique dans le texte) entre changement graduel et transformation radicale» et, à partir de ce point de départ, imagine un schéma à quatre cases: «l'axe horizontal comprend les deux types de remèdes, correctifs et transformateurs. L'axe vertical correspond aux deux types de justice, à savoir la redistribution et la reconnaissance»³⁷. Cela lui permet d'examiner la compatibilité des diverses stratégies pour constater qu'il est possible d'«évaluer jusqu'à quel point ces solutions croisées peuvent se renforcer lorsqu'elles sont poursuivies simultanément. «Nous pouvons», ajoute-t-elle, «identifier les paires qui renforcent le dilemme redistribution/reconnaissance (peu prometteuses) ainsi que celles qui ouvrent la possibilité de sortir de ce dilemme (ouvrant des perspectives prometteuses)». Pour s'en tenir à ces dernières, et sans nier le dilemme de base que l'on ne peut faire disparaître tout à fait, il est possible selon l'auteure de l'atténuer, au moins au titre d'une «stratégie de transition»³⁸ en procédant à des croisements: redistribution correctrice combinée avec la reconnaissance correctrice; redistribution transformatrice combinée à la reconnaissance transformatrice)³⁹. Appliquée à l'hypothèse des discriminations fondées sur le genre, cela suppose, au titre de la première combinaison, de s'efforcer «de garantir aux femmes une part équitable des emplois et des formations existants sans toucher ni à la nature, ni au nombre de ceux-ci» (redistribution correctrice) tout en redressant «l'injustice culturelle de genre qui s'efforce de garantir le respect aux femmes en valorisant la féminité, tout en laissant tel quel le code binaire du genre qui donne son sens à celle-ci» (reconnaissance correctrice)⁴⁰.

La seconde combinaison «correspond au féminisme socialiste ou social-démocrate (redistribution transformatrice) joint à la déconstruction féministe qui s'emploie au démantèlement de l'androcentrisme par la déstabilisation des dichotomies du genre» (reconnaissance transformatrice)⁴¹.

On devine l'intérêt qu'il pourrait y avoir à s'inspirer de ce modèle de justice sociale pour déterminer, dans le futur instrument normatif, les principes communs qui fonderaient la lutte contre les discriminations et délimiteraient celles qui seraient illicites. Non que le législateur européen n'y ait déjà songé, le droit social communautaire en fait une de ces priorités⁴²; le DCFR de son côté ainsi que d'autres instruments incitatifs s'en préoccupent également, mais les uns et les autres, jusqu'à présent, restent dans une logique binaire. Implicitement,

37 N. Fraser: *Qu'est-ce que la justice sociale?...*, ouvrage précité, p. 35. V. également, p. 36 le schéma explicatif matérialisant ces quatre axes.

38 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?...*, ouvrage précité, p. 38.

39 La seconde combinaison posant selon l'auteure le moins de problèmes.

40 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?...*, ouvrage précité, p. 25s.

41 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?...*, ouvrage précité, p. 38.

42 En lien avec notre étude et indépendamment du corpus communautaire comme des nombreuses décisions de la CJCE intervenues en cette matière, signalons que la stratégie européenne pour l'emploi apparaît ici comme un instrument de réalisation du droit à l'égalité défini par les directives.

les choix effectués renforcent le dilemme plutôt qu'ils ne l'estompent. Or, il est possible, croyons-nous, par le truchement de l'une des deux combinaisons décrites précédemment, de garantir une certaine parité de participation aux personnes victimes de discrimination qui ont à la fois besoin de reconnaissance et de redistribution. Nancy Fraser le dit sans ambages : « la norme de parité de participation est non sectaire⁴³, et l'objectif du *gender mainstreaming*, – pour rester sur l'exemple choisi – peut devenir un objectif transversal de justice sociale : par-delà les divisions existantes, « intégrer le meilleur de la politique de redistribution au meilleur de la politique de reconnaissance [...] en (liant) globalement différenciation, divergence et interaction à chaque niveau »⁴⁴, l'important étant de penser de manière intégrée, quelle que soit la perspective adoptée ; telle pourrait être la devise à l'horizon du droit européen des contrats.

B) Formalisation d'un espace de discussion comme modèle de justice procédurale et information du contractant

-12- « Foisonnement discursif »⁴⁵, Espace de discussion et cadre conventionnel. Du fait de la simultanéité dans le développement des trois processus normatifs du droit social communautaire qui se manifestent au travers de la méthode classique (règlements et directives), la capacité des partenaires sociaux européens à élaborer des normes communautaires et la Stratégie européenne pour l'emploi, il est possible de déceler une *conversation triangulaire*⁴⁶ propice à la formalisation d'un espace de discussion⁴⁷ entre les protagonistes selon la philosophie habermassienne de l'agir communicationnel⁴⁸. Espace conçu comme un lieu où peuvent s'entrecroiser les différentes informations au lieu simplement de s'opposer, chacune se concrétisant et se développant en se nourrissant à la substance de

43 N. FRASER, *Qu'est-ce que l'injustice sociale?*..., ouvrage précité, p. 50.

44 N. FRASER, *Qu'est-ce que l'injustice sociale?*..., ouvrage précité, p. 48.

45 F. GÉA, *Dialogisme, interprétation et traduction*... précité, p. 608.

46 Rappr., la procédure classique d'adoption des normes communautaires qui repose sur le triptyque institutionnel constitué par la Commission européenne, le Conseil et le Parlement européen. Elle débouche sur des règlements et des directives qui définissent des règles plus ou moins uniformes mais contraignantes et dont les caractéristiques principales sont la primauté et l'effet direct.

47 Adde Y. CUSSET, *Habermas, L'espoir de la discussion*, Michalon, le bien commun, 2001, spéc., II, *Reconstruire la raison pratique : une éthique de la discussion*, p. 60 à 95 ; E. NZUMYA, *Justesse de la norme et éthique de la discussion, Habermas et Thomas d'Aquin en perspective*, L'Harmattan, 2008. L'intérêt de l'ouvrage vient du défi, que s'est lancé l'auteur, réussi à notre avis, de « confronter les positions de deux penseurs que tout sépare à première vue » [...] et de montrer que par-delà « leurs différences de présupposés et de points de vue, Habermas et Thomas d'Aquin partagent en commun certains questionnements et s'efforcent tous deux d'y répondre par une pratique de la discussion » (M. COUNET, préfacier de l'ouvrage).

48 J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, deux tomes. T I, *Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, Trad. de l'allemand par J.- M. Ferry, L'espace du politique. Paris. Fayard, 1987. T II, *Pour une critique de la raison fonctionnaliste*, Trad de l'allemand par J.-L. Schlegel, L'espace du politique ; Paris. Fayard, 1987 ; J. HABERMAS, *Droit et morale, Tanner lectures*, 1986, éd. Du Seuil, 1997, trad., de l'allemand par Ch. Bouchindomme. Adde Y. CUSSET, *Habermas, L'espoir de la discussion*, précité, p. 17 à 59.

l'autre. Le souci en pareil cas ne consiste pas à réfuter mais plutôt à comprendre la pensée antagoniste, laquelle n'est pas un « ennemi à abattre, (mais) une résistance qu'on doit surmonter après en avoir éprouvé la force »⁴⁹. La compréhension propre des différences entre les opinions n'exclut pas leur entrecroisement. L'espoir de la discussion⁵⁰ peut ainsi trouver un ancrage dans l'échange de pratiques et d'informations. Au final, c'est une pensée de la médiation ouverte, au sens de imparfaite, d'inachevée qui s'affirme et dont la théâtralisation, *via* le cadre ainsi institué, assurera la mise en scène de la parole. D'où l'idée qu'il est nécessaire, sinon indispensable, de consacrer dans des principes fondateurs de l'instrument un devoir général d'information, indépendamment de l'existence d'obligations spéciales régissant tel domaine particulier. La teneur de cette obligation ne devra pas avoir pour seul fondement la protection du contractant, elle devra aussi prendre en compte, à l'image du droit communautaire, la dimension économique de l'information ainsi que son coût de celle-ci. Le DCFR est en ce sens et les autorités communautaires pourraient lui emprunter sur ce point, même si une telle position ne fait pas l'unanimité⁵¹.

C) Hybridation de la norme et des valeurs (du droit social)⁵² comme modèle de justice déontologique⁵³ en témoin de la bonne foi contractuelle

-13- La bonne foi plus régulatrice que normalisatrice? Rangée par une doctrine autorisée dans une zone de pré-droit⁵⁴, la bonne foi, semble aller de pair avec toute forme d'alliance et illustre bien ce métissage de la *hard* et *soft law*, de la norme et de la valeur. Leur interaction causale est patente. Face à la justesse de la norme éclosent des prétentions réitérées à la normativité⁵⁵, faites de compromis et de politiques renouvelées dans le contexte avéré de pluralisme des valeurs au sein de

49 Rappr. La philosophie de P. Ricoeur, et sa volonté de « *définir une certaine manière de vivre, d'opérer le temps* : temps de transmission, temps d'interprétation : *c'est ce double temps pour comprendre dont (son) herméneutique se propose de faire la théorie* ». Repris de J. GREISCH, « Temps bifurqué » et temps de crise, précité, p. 92.

50 Y. CUSSET, *Habermas : L'espoir de la discussion*, Michalon, Le bien commun, 2001.

51 Comp. H. EINDENMÜLLER *et alii*, « Le cadre commun de référence pour le droit privé européen. Les questions de son évaluation et les problèmes de codification », *RTDE* 2008, p. 761s., v. spéc., A, 2.a. *Adde* plus généralement, B. FAUVARQUE-COSSON, « L'élaboration d'un cadre commun de référence : regards comparatifs sur les travaux académiques », *RDC* 2008/2, p. 527s ; G. ROUHETTE, « La contribution française au projet de cadre commun de référence », *RDC* 2009/2, p. 739s ; O. LANDO, « La contribution française au droit européen du contrat », *RDC* 2009/2, p. 729s.

52 Rappr. L'intitulé des mélanges offerts à J. Pélassier : *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz 2004. ; v. spéc dans ceux-ci : J-P. PUISOCHET, « La progression des droits sociaux dans une communauté économique : les apports récents de la CJCE », p. 433s. ; A. SUPIOT, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », p. 541s.

53 Rappr. N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?...* précité, p. 53, qui parle de théorie déontologique dans sa recherche de ce qu'est la vie bonne.

54 J.-L. SOURIOUX, « Introduction au cours de droit des obligations », *Clefs pour le siècle, Droit et science politique, information et communications, sciences économiques et de gestion*, Dalloz, 2000, p. 517.

55 Rappr. M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ, droit prospectif*, octobre 2003, p. 2350s. Les phénomènes créateurs de droit étant alors

l'Union. N'est-ce pas dans cette perspective que le 'standard' de bonne foi si l'on ose dire, est d'ailleurs envisagé dans différents droits nationaux et dans le DCFR?

La construction communautaire, fondée sur deux paradigmes dont l'un tend à l'intégration et l'autre à l'éclatement des perspectives, présente elle-même une dissymétrie de même type que celle qui caractérise les rapports contractuels entre personnes d'inégale puissance économique⁵⁶. D'où le nécessaire compromis à réaliser pour compenser les déséquilibres engendrés par la puissance économique et par voie de conséquence la faiblesse qui en est le reflet.

-14- Degrés d'exigence de la bonne fois requise. Lorsqu'il est envisagé de restaurer l'équilibre au sein des rapports entre personnes d'inégale puissance (sociale, économique...), un diptyque vient immédiatement à l'esprit : faveur pour la partie faible⁵⁷ – rigueur pour la partie forte⁵⁸. Or si ce tandem, a fait la preuve de ses vertus, il risque aussi, comme on l'a vu précédemment⁵⁹, d'exacerber les limites d'une conception bidimensionnelle de la justice sociale, le binôme : reconnaissance (avant tout sensible aux remèdes transformateurs) – redistribution (essentiellement perméable aux remèdes correcteurs) risquant fort de stigmatiser à l'excès les catégories.

Ainsi du côté de la partie faible : la création de catégories d'individus présumés – par le truchement du principe de faveur – en situation de vulnérabilité (économique, notamment), entraîne des phénomènes de *sur et sous* protection⁶⁰.

Du côté de la «partie forte», considérer qu'elle constitue une catégorie pouvant, en tant que de besoin, constituer une «classe fonctionnelle» n'est pas une idée neuve. Des juristes français l'ont thématisée à propos du droit du travail⁶¹. Mais à supposer que le phénix renaisse de ses cendres, ne peut-on craindre que pareille règle suscite chez le contractant en position de force des comportements «opportunistes» grandement préjudiciables au co-contractant plus faible? Les

fondés sur l'*auctoritas* et l'effectivité Du fait de la croyance en son caractère obligatoire, la règle est reçue comme si elle était contraignante.

56 Sur la notion de puissance économique, v. J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble II, 1996, 2 volumes.

57 Pour la chambre sociale de la Cour de cassation, le principe de faveur est un principe fondamental du droit du travail (Cass. soc. 17 juill. 1996, Bull. civ., V, n°297); mais le Conseil Constitutionnel ne lui a pas reconnu une valeur constitutionnelle (Décision du Conseil Constitutionnel, n° 2004-494. DC du 29 avril 2004).

58 Ce sont toutes les règles de conduite qui pèsent sur le professionnel vendeur, loueur, prestataire de services, etc.

59 Cf *supra* n°9s. Adde N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?...*, ouvrage précité, p.34s.

60 Ce qui rappelle inmanquablement les privilèges de l'Ancien régime, à ceci près qu'en démocratie libérale les privilégiés ne sont plus les puissants au plan de l'ordre juridique dit économique et social. En ce sens, J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble 1996, Tome I, p. 11, n°4. A. SINAY-CITERMANN, «Protection ou surprotection du consommateur?» *JCP éd. G.*, 1994, I, 3804. V. aussi., *RLDC* juill.-août 2011, *Vers un droit européen des contrats?*, p.83s.

61 P. DURAND, «Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle», *Dr. social* juill.-août 1952, reproduit in *Dr. social* déc. 2010, p. 1246s).

opérateurs nationaux et transnationaux ne seront-ils pas enclins à exploiter la concurrence entre les systèmes juridiques⁶² ?

-15- Unité plurielle de la notion de bonne foi. En matière de bonne foi, peut-être plus encore qu'en d'autres domaines, le dilemme est, si possible, à éviter, au risque d'aggraver les effets pervers attachés à la sectorisation⁶³. La bonne foi, présumée au demeurant, ne se divise pas, elle se partage. Or un partage inégal n'est pas forcément un partage injuste. Lorsque les avantages liés à la situation d'une partie dépassent un certain seuil, du fait de sa puissance dominatrice par exemple, il est raisonnable de procéder à la canalisation de celle-ci. Mâtinée d'éthique et de dialogue, l'exigence de bonne foi fait apparaître des différences de *degré*, quantitatives et qualitatives, préférables à une opposition *naturelle*, de type binaire.

Aussi pensons-nous qu'à la base, transformation et correction normatives doivent être envisagées simultanément. L'absence de focalisation exclusive permet ensuite d'aller plus loin ; dépassant l'intérêt égoïste des partenaires contractuels, elle ouvre la voie à une solution médiane. C'est l'opération globale – l'accord et sa réalité matérielle⁶⁴ – qui se voit régulée en son entier. Sont alors évités tout à la fois une trop grande psychologisation comme une aveugle technicisation. N'est-ce pas sur ce fondement, au demeurant, qu'est configuré le dialogue social qui doit sa primeur au droit communautaire, ne l'oublions pas⁶⁵ ? Dotés d'autonomie normative, les partenaires sociaux européens, sont depuis toujours associés aux procédures de décision, ils doivent être consultés et peuvent négocier des accords-cadres dont la transposition sera assurée soit par la reprise de l'accord dans une directive, soit par les partenaires sociaux eux-mêmes⁶⁶. Accords pour lesquels la bonne foi est exigée, tant au stade de leur élaboration que de leur exécution⁶⁷. L'appréciation du comportement loyal du (des) contractant(s) est par ailleurs porteuse de souplesse et d'efficacité ; elle laisse une grande latitude à l'autorité de contrôle⁶⁸ (on songe au juge, à l'arbitre, au médiateur, à l'autorité administrative

62 S. ROBIN-OLIVIER, « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, un Livre vert présenté par la Commission européenne », *RDT* 2007/2, p. 93s.

63 Sur les rapports du général et du spécial, dans une littérature plus qu'abondante, v. spéc. G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », *Études Rodière*, Dalloz 1981, p. 255 ; M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, Nouv. Bibl. des thèses, volume 32, (préf. J. Ghestin), 2004).

64 V. à ce sujet la thèse de F. VIAUD, *La relation contractuelle de fait*, th. Chambéry, 2011.

65 V. notamment, O. QUINTIN, « Bilan et perspectives du dialogue social en Europe. Les dossiers de l'Europe », *LPA*, 3 juill. 1998, n°79, p. 17s. C. MONNIER, *Le dialogue social*, M.-A. SOURIAU (dir.), Mémoire dactylographié, 2005, Université de Paris X-Nanterre, consultable sur internet : <http://madmartigann.free.fr/blog/docs/dialoguesocial.pdf>.

66 V. dans une littérature plus qu'abondante, C. VIGNEAU, « Étude critique du rôle des syndicats dans la gouvernance de l'Union européenne », E. Dockès (dir.) *Au cœur des combats juridiques, pensées et témoignages de juristes engagés*, D. 2007, p. 159.

67 La jurisprudence exige que les parties soient de bonne foi du début jusqu'à la fin de la négociation. L'article L 2264-4 C. trav., quant à lui, vise expressément l'exécution loyale de la convention collective.

68 Rapp. P. DEUMIER, « Les notes au BICC : D'une source d'information à une source d'interprétation pouvant devenir source de confusion (BICC n°651, 1^{er} déc. 2006) », *RTD civ.* 2007, p. 61.

indépendante, aux commissions d'interprétation...) soucieux d'adapter avec le droit à la réalité.

-16- Enjeux et Promesses. Lutter contre les discriminations, améliorer l'information du contractant, promouvoir la bonne foi comme instrument d'équilibre entre les parties au contrat, voilà trois illustrations de principes directeurs qui pourraient bénéficier très avantageusement des apports de la méthode pratiquée en droit social communautaire en étant façonnés sous l'égide d'un modèle de justice sociale (*lato sensu*). Des lignes directrices pour garantir des règles communes, pour servir de justification à l'intervention législative⁶⁹, n'y a-t-il pas là l'émergence d'un programme édificateur ?

Certes, en toile de fond un certain nombre de perspectives sont amoindries (les pessimistes diront brisées): la lutte antidiscriminatoire est trop souvent un leurre, entachée d'ineffectivité; l'information trop onéreuse et chargée d'opacité en dépit de la transparence affichée; le dialogue social n'a pas toujours les effets escomptés et son instrumentalisation risque de pervertir la loyauté requise des négociateurs; d'influer sur le comportement raisonnable des partenaires contractuels et sur celui du contractant le plus fort en particulier; mais malgré ce, un profil de l'instrument normatif se dessine, progressivement, à l'horizon de la construction européenne.

Son aboutissement – peut-être plus proche qu'on ne le subodore – est percevable; il se précisera au terme d'un certain nombre de métamorphoses d'un programme législatif qui a déjà pris forme dans l'acquis communautaire. Reste à édifier la partie la plus vivante et évolutive de ce droit ni tout à fait le même ni tout à fait un *autre*, et dont la part la plus stimulante réside dans son souci de favoriser l'engagement démocratique.

69 S. LAULOM, Étude précitée, 1^{re} partie, p. 644.

UN DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS EFFICACE : QUELLE INTENSITÉ CONTRAIGNANTE ?

AHLAM GUESSOUM

L'idée d'un droit européen des obligations fédère les initiatives doctrinales. Celles-ci ont abouti à de multiples projets d'harmonisation scientifiquement très avancés. Les travaux portant sur le fond du droit parviennent à offrir une cohérence d'ensemble quant aux définitions des concepts et au régime juridique attribué au droit des contrats. L'élaboration sur le fond d'un droit commun des contrats n'apparaît alors plus comme la principale difficulté du projet. Les divers textes rendus publics par les nombreux groupes de travail parviennent, avec succès, à l'édiction de concepts communs, règles modèles communes, principes communs. La substance du droit européen, et ce malgré certaines subtilités, présente une cohérence d'ensemble et des convergences de principes.

Les difficultés liées à la méthode d'harmonisation demeurent, en revanche, entières. La politique européenne assurant un marché se réalise, notamment, par l'adoption de dispositions communes et s'imposant à tous les États membres. En cela, l'Union n'innove en rien dès lors que les dispositions en question entrent dans les matières de son champ de compétence. En l'occurrence, si la Commission s'interroge sur la méthode d'adoption d'un tel projet, cela s'explique d'une part par l'importance du bouleversement engendré dans les droits nationaux, d'autre part et corrélativement, par la question de la compétence de l'Union pour légiférer dans le domaine du droit des contrats dans son ensemble.

Quant aux dispositions des différents travaux, les parties pourraient décider de soumettre leur convention aux textes s'y référant. Ces mêmes dispositions seraient, en outre, considérées comme une boîte-à-outils mise à la disposition des législateurs européens et nationaux. Ces formes d'utilisation des différents textes et projets internationaux et européens montrent leurs limites au regard du but recherché par l'élaboration de textes communs.

La réalisation des ambitions de l'Union implique le dépassement de la simple option. Le système optionnel contredit directement les perspectives d'harmonisation de l'Union. Le choix laissé aux États, d'abord, d'adopter ou non les dispositions communes et aux parties, ensuite, d'appliquer ou non ce droit à leur relation, est par définition incompatible avec l'idée même d'unification : l'effet inévitable du système optionnel réside dans le pluralisme des régimes applicables.

Dès lors, l'absence de force contraignante unique attachée au système de mise en œuvre du droit commun ne saurait assurer efficacement les objectifs poursuivis par la Commission. La méthode d'unification, impliquant une appréciation en termes d'efficacité, ne peut être envisagée qu'à travers la force du texte devant être matérialisée par la contrainte (I). Celle-ci suppose alors que l'Union soit compétente pour envisager une harmonisation maximale du droit civil des contrats (II). Or, si le choix de l'Union s'oriente davantage vers l'adoption d'un texte sans contrainte par méthode optionnelle, cette technique serait davantage acceptable par les États membres et en conformité avec ses compétences. Ce sont, en revanche, les objectifs de protection renforcée des consommateurs et de l'amélioration des échanges entre professionnels que prétend poursuivre l'Union par ce droit commun qu'il conviendrait de relativiser (III). Les perspectives européennes semblent être plus ambitieuses: le droit européen des contrats s'inscrit parmi les instruments de réalisation de la politique économique et de dépassement progressif de celle-ci. Dans cette acception, la force contraignante du texte ne saurait être réduite à une simple option (IV).

I - La force contraignante du texte

Les dispositions actuelles, dont celles du Projet de cadre commun de référence, ne sont assorties d'aucune force ayant pour effet de les imposer aux opérateurs économiques des différents États. En raison de sa nature strictement doctrinale, le *Draft Common Frame of Reference*, inspiré par les principes européens du droit des contrats tels qu'ils ont été élaborés par la Commission Landö, n'est assorti d'aucune force de contrainte. Face aux perspectives d'harmonisation le mécanisme optionnel montre rapidement ses limites (A). Ainsi, les objectifs poursuivis par la Commission ne sauraient être réalisés que s'ils s'inscrivent dans une logique d'efficacité. Il s'agit alors par cette force d'assurer une applicabilité concrète d'un corps de règles unique et uniforme (B).

A) L'efficacité relative du droit commun sans force contraignante

Imposer des règles identiques à tous les États-membres de l'Union se révèle souvent difficile pour l'Union. La poursuite de l'objectif du marché commun de libre-échange a conduit la Commission à entreprendre et poursuivre la construction d'un texte unique relatif au droit des contrats mais dont la vocation n'est pas encore parfaitement déterminée. À travers le cadre commun de référence, il n'était pas question pour la commission d'établir dans un premier temps des textes législatifs dotés de la force obligatoire généralisée, ni même un instrument optionnel, mais de se munir « d'une boîte-à-outils »¹. L'utilité de cet instrument est de servir de texte de référence au législateur européen, d'une part, et aux

1 C. AUBERT DE VINCELLES, B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, J. ROCHFELD, « Droit européen des contrats, Évolution et circonvolutions... », *Droit et Patr.* 2007, préc. p. 42.

législateurs internes, d'autre part². Les travaux d'unification des textes auront pour but de permettre la révision de textes existants sur la base de concepts communs et d'établir des textes nouveaux par l'utilisation de termes juridiques identiques. Le texte ainsi élaboré, s'adressant à tous les États-membres, se caractérise par le langage juridique unique qu'il adopte. Le Cadre commun de référence contient des concepts uniques, des définitions, des principes fondamentaux et des modèles de règles générales destinés à servir de base commune à toute nouvelle entreprise législative européenne ou nationale³. Servant seulement de références aux États-membres, les textes ne pourraient s'appliquer aux opérations contractuelles des parties à l'instar des principes Unidroit, notamment. À cet égard, la force de ce régime européen commun du droit des contrats demeurerait faible et le travail d'harmonisation resterait académique⁴. Les rapports délivrés à propos du Cadre commun de référence inscrivent le texte comme un simple instrument de direction délivrant des modèles de règles servant de base au dialogue des opérateurs économiques européens et des législateurs européens dans les perspectives d'élaboration de dispositions communes. Le texte se rapproche davantage d'un dictionnaire européen du droit des contrats dépourvu de toute force contraignante que d'un corps de règles susceptible de s'appliquer de manière obligatoire, voire optionnelle. Il constitue le préalable nécessaire à la construction d'un « *eurocode* » du droit des contrats dont l'efficacité serait assurée par sa force de contrainte⁵. Ces dispositions communes n'ont alors d'européen que le contenu substantiel, objet de l'unification. Les textes communs demeurent des dispositions strictement académiques dépourvues de toute force contraignante, *autrement dit dépourvues de toute existence juridique positive*. L'objectif d'unification du droit est remis en cause

2 Cf. l'influence des Principes et du Cadre commun sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription en France, ainsi que pour les projets de réforme de l'Acquis communautaire et des dispositions spéciales empruntant au droit des contrats, comme la réglementation communautaire des voyages à forfait ou la protection du consommateur, et notamment le livre vert de la Commission du 7 février 2007 portant révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs ; dans cette perspective déjà l'*Aquis group* a pour mission de travailler, pour le cadre commun de référence, sur les convergences de principes à partir de l'acquis communautaire ; B. FAUVARQUE-COSSON, « *Pour un cadre commun de référence limité au droit des contrats* », RDC 2008/3, p. 918 ; R. SCHULZE, *ibid.*, p. 922, « *Le nouveau cadre commun de référence et l'acquis communautaire* ».

3 La mise en œuvre des Principes européens du droit des contrats de la Commission Lando se présentait comme une forme de *lex mercatoria* à la mode européenne calquée sur le modèle des principes Unidroit et de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises ; J. RAYNARD, *RTD civ.* 1998, p. 1006, « *les principes se revendiquent formulation moderne de la lex mercatoria* », de même que les dispositions contenues dans le cadre commun de référence auraient vocation pour la Commission elle-même à être utilisées dans un instrument optionnel concurrent des dispositions contractuelles des États membres et auquel les parties auraient volontairement recours afin d'y soumettre leur opération contractuelle faisant apparaître, le cas échéant, des éléments d'extranéité ; COM(2003) 68.

4 J. RAYNARD, *ibid.*, qui décrit les principes Lando comme des règles « à autorité virtuelle », « un droit potentiel des contrats ».

5 Rapport du Conseil européen, Bruxelles du 19 et 20 juin 2008, B. FAUVARQUE-COSSON, « *Pour un cadre commun de référence limité au droit des contrats* », *op. cit.*, p. 918, « *Instrument non contraignant* », « *ensemble d'orientations non contraignantes* ».

dès lors que l'instrument formel n'est recouvert ni d'une force obligatoire ni d'une force exécutoire.

À ce titre, le caractère contraignant d'un texte de loi peut être apprécié à différents degrés. En effet, et dans le contexte particulier du droit européen, la force obligatoire se saisit d'abord comme la force de contrainte par laquelle elle a vocation à s'imposer dans l'ordonnancement juridique des États : il est alors question de la force contraignante imposée aux États membres d'intégrer dans la législation nationale les dispositions communautaires. L'intégration de la législation communautaire dans les ordonnancements juridiques nationaux est gouvernée par le principe de l'autonomie institutionnelle lequel laisse aux États la liberté d'assurer l'intégration et l'applicabilité du droit européen⁶. Ce principe d'autonomie institutionnelle diffère selon que la nature de l'acte est un règlement ou une directive, que le droit européen a un effet direct ou pas dans les ordonnancements juridiques des États membres. Toutefois, le principe d'autonomie doit se concilier avec l'impératif d'intégration assuré par le principe de primauté et d'effet direct du droit européen dans les États membres. En effet, la reconnaissance d'une autonomie institutionnelle absolue aurait pour effet « *de mettre en péril l'uniformité d'application du droit européen, du fait des divergences dans l'exercice des compétences nationales d'exécution* »⁷. L'adoption d'un droit uniforme est ainsi tributaire, dans un premier temps, de la méthode par laquelle elle s'impose aux États. L'efficacité d'un droit européen uniforme dépend d'abord de son intégration dans le droit interne : la mauvaise transposition, le retard de transposition ayant pour effet de nuire à cette efficacité du droit unique sont sanctionnés. Le choix de la méthode d'uniformisation détermine la force contraignante avec laquelle les dispositions européennes auront vocation à être intégrées dans le droit national. À cette méthode est attachée une sanction que l'Union inflige aux États membres : en cela, les condamnations de la CJUE sont fréquentes⁸. Justifiée par les orientations de l'Union vers un droit uniforme, la force de contrainte avec laquelle les dispositions européennes, même adoptées par une directive, s'imposent aux États, atteint des degrés qui tendent à réduire la marge de manœuvre laissée aux États⁹. L'effectivité et l'applicabilité d'un droit européen uniforme sont ainsi tributaire de la force avec laquelle il s'impose aux États membres.

Le degré de la force contraignante, dont les États membres sont destinataires, exerce une influence sur la force avec laquelle les dispositions adoptées auront vocation à s'imposer aux justiciables ensuite. Ainsi, la méthode de la boîte-à-outils,

6 M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, préf. H. LABAYLE, LGDJ-Bruylant 2004, p. 77.

7 M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, *op. cit.*, l'auteur cite également J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI* 1972, p. 864.

8 Condamnation de la France par la CJUE pour mauvaise transposition de la directive CE n°85/374 du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, CJCE 13 février 1993, aff C-293-91, puis, CJCE 25 avril 2002, aff. C-52/00.

9 En ce sens la directive 2005/29 sur les pratiques déloyales, qui s'oriente vers une harmonisation totale.

dont les destinataires sont les législateurs nationaux, ne suscite à leur égard aucune forme de contrainte.

Quant à la méthode optionnelle, si elle tend à se distinguer de l'adoption d'un texte par la force contraignante, elle ne s'émancipe pas pour autant de toute force de contrainte. Concernant les États membres, la force de contrainte demeure conditionnée par le choix de l'instrument législatif européen d'adoption de ce droit. À l'égard des parties, les dispositions en question ne s'appliquent pas de manière identique et systématique aux situations spécialement visées par le texte. En cela le degré de contrainte est moindre. Or, si dans les faits, la situation des parties entre dans le champ *ratione materiae* du texte et qu'elles décident de soumettre le litige au régime de ce dernier, alors les dispositions européennes s'imposent avec une force de contrainte identique à la méthode strictement contraignante.

En revanche, choisir la méthode contraignante appliquée à un texte unique signifie que le texte doit être transposé sans que les États disposent d'une marge d'appréciation sur le fond du droit, sauf en ce qui concerne les points précisément indiqués par le texte. Cette même force contraignante implique une prise en compte par le droit de ces dispositions : ces dernières s'imposent surtout aux justiciables de manière identique et sous la menace du concours de la force exécutoire en cas de non-respect. Le recours à cette méthode révèle une conception plus traditionnelle du droit : celui caractérisé par la substance normative et par la contrainte¹⁰. Le contenu normatif s'impose aux États sans que des modifications ne puissent être apportées lors de son intégration. Poursuivant une application identique pour les opérateurs économiques, il s'impose avec une force identique.

Le texte non obligatoire ne permet en aucun cas d'instaurer un régime uniforme. La faiblesse des dispositions abandonnées à la liberté contractuelle ne saurait conduire à la construction d'un régime commun. Si le Cadre commun de référence constitue le modèle référent d'un droit européen des contrats, ce dernier ne saurait faire valoir son efficacité que s'il impose une force contraignante en dépassant le concept de « règles-modèles » ou le stade optionnel.

B) L'efficacité d'un droit commun des contrats assurée par la force contraignante

Le projet de l'Union d'établir un droit européen des contrats unique applicable dans tous les États membres suppose un travail d'harmonisation ambitieux. Au-delà de la pluralité des concepts, des notions et des régimes, la pluralité des traditions juridiques intéresse davantage la présente étude, puisqu'elle s'inscrit directement dans la problématique de la méthode. L'utilisation d'un instrument dépourvu de force contraignante se révèle inadaptée au projet d'unification ou de simple harmonisation des législations. Si l'objectif poursuivi est celui d'instaurer un droit uniforme dans l'espace européen, cette uniformité ne peut être atteinte que si les opérations contractuelles répondant à certaines

10 J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, coll. Thémis, éd. PUF 2004, n°5 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, éd. LGDJ-Bruylant, p. 41.

conditions d'application, préalablement déterminées et définies par le texte même, sont réunies. Dès lors que le cadre précis d'applicabilité du texte est instauré, la force de contrainte peut être retenue. Dans cette acception, d'une part les États sont davantage en mesure d'intégrer dans leur législation nationale des règles de droit imposées indépendamment de toute marge de manœuvre accordée aux États pour l'intégration et la mise en œuvre des règles communes et d'autre part, les objectifs d'harmonisation peuvent être atteints.

La force contraignante se présente comme le moyen adéquat à assurer l'effectivité du droit commun des contrats, mais elle implique la définition d'une structure juridique d'application suffisamment précise de sorte que le corps de règles en question ne heurte pas de front les traditions juridiques auxquelles chaque État reste, nonobstant son implication dans la politique juridique de l'Union, particulièrement attaché.

Or, l'efficacité du droit ne se saisit que par sa force contraignante dont le sens est rattaché à la sanction en cas de non-respect des règles. Elle vise tant les États, en cas de refus d'adoption ou d'adoption non conforme des dispositions européennes, que les particuliers. Dans ce cas, il s'agit d'assurer aux contractants une sécurité juridique pour leurs opérations économiques en cas d'inexécution des obligations. Ces acteurs sont soumis à des sanctions identiques toutes les fois où des hypothèses de violation sont envisageables. La crainte de la sanction engendre le respect spontané des dispositions communes applicables. Les objectifs d'unification ne peuvent être atteints que si tous les acteurs se plaçant dans une situation identique sont soumis à un régime juridique identique. Ces perspectives se situent en amont de la violation des obligations en raison de la force du texte à s'imposer avant toute forme d'inexécution. La crainte d'être sanctionné provoque une soumission spontanée à la règle de droit¹¹. Ainsi, la force contraignante du texte se révèle théoriquement dans l'obligation à exécuter. Indépendamment de toute intervention judiciaire la force contraignante du droit crée une unité au sein des différents États. La suppression de tout mécanisme optionnel apparaît indispensable à assurer une applicabilité unitaire. Or cette applicabilité ne saurait être envisagée raisonnablement que si le domaine d'intervention est précisément circonscrit.

Le choix d'une force contraignante en cas de non-respect des textes implique pour les institutions judiciaires des décisions uniformes mais également une interprétation identique des textes. En ce cas alors, la Cour de justice de l'Union européenne devrait être compétente pour éclairer les juridictions internes quant au sens des dispositions suscitant éventuellement des difficultés d'interprétation.

Dès lors, la force de contrainte du texte ne saurait être pensée indépendamment du fond. Autrement dit, ce droit commun du contrat suppose une délimitation tant interne qu'externe. Il sera en outre difficile d'imposer à tous les États membres un régime commun régissant l'intégralité du droit des contrats, du droit des obligations ou plus largement l'intégralité du droit civil.

11 C. GRZEGORCZYK, « Obligations, normes et contraintes juridiques », *Théorie des contraintes juridiques*, éd. LGDJ-Bruylant, 2005, p. 25.

Partant, le projet de la Commission d'élaborer un code civil européen paraît à la fois ambitieux et ambigu à maints égards. En ce sens notamment, la perspective d'un code européen des contrats se conçoit difficilement dans la mesure où le format du recueil d'articles n'est pas connu de tous les systèmes juridiques des États-membres. L'utilité même de cet instrument interroge, particulièrement si la codification est réservée aux dispositions propres au droit des contrats et ne s'envisage pas, en plus, comme une codification incluant la législation européenne préexistante applicable en matière de consommation.

En outre, le domaine touché par l'unification suscite des interrogations influençant directement la force du texte, largement tributaire de la sélection des matières réformées. Il convient, alors, de s'interroger sur le champ externe du projet d'harmonisation et son extension éventuelle au domaine dépassant le simple droit des contrats mais en rapport direct avec son régime. Cela concerne notamment le droit de la prescription ou le droit des sûretés. La méthode qu'il convient d'adopter dépend de la détermination du domaine de l'unification du droit européen.

Envisager d'uniformiser la législation de la protection du consommateur ne peut être appréhendé similairement à une unification du droit des contrats ou des obligations : l'uniformisation du droit par la force contraignante est acceptée plus facilement par les États dès lors qu'elle porte sur une uniformisation sectorielle et limitée. Le transfert de compétence des États membres à l'Union dans les matières définies et nécessaires pour établir un marché commun ne saurait être contesté. Or l'efficacité du texte d'unification étant tributaire de sa force à s'imposer aux États membres et à ses opérateurs économiques, autrement dit de sa force contraignante, le droit substantiel suppose une définition précise permettant d'envisager son intégration dans les domaines pour lesquels l'Union dispose de la compétence nécessaire.

II - Le pouvoir de l'Union

Le droit européen commun envisagé par la Commission s'inscrit dans un projet particulièrement ambitieux tant au regard de l'intensité normative du texte que de son champ d'application. Partant, l'analyse de la force de contrainte invite à caractériser préalablement la compétence de l'Union, laquelle implique la détermination du domaine d'intervention du droit européen des contrats, objet du projet de réforme (A). Le fondement conférant la compétence à l'Union doit ensuite être déterminé (B).

A) Le pouvoir de l'Union soumis à la détermination du domaine du projet

Le projet d'un texte contraignant suppose que soit délimité son champ d'application. L'adoption d'une législation commune contraignante ne saurait être exclusivement envisagée à travers un code civil européen. On peut craindre une réticence particulière à l'égard d'un texte réformant l'intégralité du droit civil des États membres et ayant vocation à se substituer à la législation nationale. Heurtant de front les traditions juridiques, ce code implique que soit réformées et uniformisées des matières précisément circonscrites. L'Union doit alors justifier sa

compétence par un projet d'harmonisation du droit des contrats poursuivant la réalisation du marché commun. L'uniformisation supposera donc que son objet entre dans la compétence de l'Union et qu'elle soit justifiée par l'objectif du marché commun et de la simplification des opérations intracommunautaires. Dans cette acception, il semble pourtant que le contenu substantiel d'un droit européen des contrats puisse dépasser le principe de proportionnalité auquel est soumise l'Union et impliquant que les dispositions contraignantes adoptées participent à la création du marché commun. Si le projet d'un code civil européen avait vocation à se substituer au code civil propre à chaque État membre, il apparaîtrait à maints égards déraisonnablement ambitieux.

Au regard de la substance même, un code européen des contrats, venant se substituer aux régimes internes applicables aux contrats, implique de contenir des dispositions ayant vocation à régir le droit des sûretés, de la responsabilité contractuelle et précontractuelle, ou encore le régime général de l'obligation. Or, il semble difficile de rattacher tous ces domaines à la mission de l'Union. On peut se convaincre, sous certaines réserves, de l'intérêt de l'unification du droit des contrats dans la simplification des relations entre les différents opérateurs économiques ; cela semble, toutefois, plus difficile lorsque le projet initial d'unification appelle également à l'unification d'autres domaines du droit civil¹².

Au-delà de la substance, le choix du support formel d'intégration du droit européen implique pour les États un compromis particulier. Le Code civil Napoléonien occupe une place prépondérante dans le droit français, le BGB allemand vient à peine d'être réformé¹³, quant au droit des États du *Common law*, notamment le Royaume Uni, et nonobstant l'existence de textes écrits, il ne connaît pas de forme de compilation semblable. Partant, un code civil européen serait pour lui un néo-formalisme susceptible d'engendrer certaines réticences. Le code européen des contrats viendrait s'imposer dans les États où le droit écrit occupe une place moindre et dont le contenu substantiel, également nouveau, s'imposerait par une force normative trop contraignante.

L'idée même d'un code civil européen doté de la force de contrainte se substituant aux codes ou législations internes ne doit pas être pour autant rejetée. Le projet pourrait être mené à terme si sont réalisés au préalable et progressivement des projets sectoriels d'unification. Cette entreprise est alors subordonnée à la détermination de son domaine d'intervention : la force et la forme du texte ne peuvent être appréciées indépendamment l'une de l'autre.

Si l'objectif poursuivi est d'atteindre un droit commun entre les États membres ayant pour but la protection des consommateurs et la simplification du régime juridique applicable aux relations entre les entreprises européennes, l'unification au-delà de ces expectatives doit être exclue. Or, ce projet semble

12 En ce sens, G. CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, Chron. p. 351 ; V. également C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne », *D.* 2003, Chron. p. 2450 ; *Comp. C.* WITZ, « Plaidoyer pour un code », *D.* 2000, Chron. p. 79 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un code civil européen ? », *RTD civ.*, 2002, p. 463.

13 Loi du 1^{er} janvier 2002 portant réforme du *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB. 2001, I, S. 3138.

s'orienter davantage vers les relations entre les entreprises et entre les entreprises et les consommateurs¹⁴. La précision du domaine réformé offre une plus grande lisibilité à un projet destiné à une applicabilité efficace et uniforme.

Le projet d'unification à valeur contraignante suppose une délimitation d'abord *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione loci* de sorte que, entrant dans la compétence de l'Union, il puisse intégrer les législations nationales.

Le projet suppose ainsi que soient respectés les principes de subsidiarité et de proportionnalité de la mesure au regard du but poursuivi, toutes les fois où l'Union ne dispose pas de compétence exclusive sur un domaine expressément attribué. Le Traité UE permet à l'Union d'agir sur le fondement de l'article 5 lequel dispose en son deuxième alinéa que « *l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent* », et ajoute au troisième alinéa que « *dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* ».

Les réformes envisagées supposent que les mesures soient nécessaires à la construction d'un marché commun. Le projet d'élaboration d'une législation unique est au service de considérations strictement économiques. Les échanges en Europe ne sont pas favorisés par l'existence d'une pluralité de droits. Le droit uniforme aurait vocation à remplacer la mise en œuvre des règles de conflits de lois applicable aux contrats intra-européens de vente de marchandises, de prestation de services ou de distribution. Le droit commun des contrats ou des obligations permettrait, dans le cadre des relations d'échanges, de faciliter le marché européen. Cette politique économique s'inscrit plus spécifiquement dans les relations des États de l'Union par la substitution des dispositions européennes communes aux textes internationaux, telles que les dispositions de la CVIM ou des principes Unidroit auxquelles les parties ont souvent recours dans leurs opérations économiques¹⁵. Le projet d'unification du droit s'inscrit dans la politique économique de l'union poursuivant la réalisation d'un marché unique¹⁶.

Dès lors, l'effectivité de l'analyse de la forme et de la force du texte invite à une délimitation *ratione personae* du domaine d'application. Les objectifs de la commission se concentrent autour des opérateurs économiques : il s'agit des acteurs qui créent le marché, professionnels et consommateurs. La commission insiste dans ses communications sur la nécessité d'instaurer, à travers un droit européen des contrats, un régime de protection des consommateurs et de supprimer les

14 Ce sont les points sur lesquels s'oriente encore la Commission dans sa dernière communication, COM(2010) 348.

15 Quelques réserves peuvent toutefois être posées concernant l'efficacité moindre des dispositions internationales au regard des dispositions européennes.

16 D. TALLON, « Vers un droit européen des contrats », *Mélanges Colomer*, 1993, p.494 ; J. BASEDOW, « Un droit commun des contrats pour le Marché commun », *RIDC*, 1998, p. 7.

barrières engendrées par le pluralisme juridique existant et constituant un frein aux échanges entre les entreprises européennes. Le projet d'un droit européen des contrats, dont l'application suggérée vise les consommateurs et les entreprises, appelle plusieurs remarques.

Le droit européen des contrats pourrait ainsi être exclu dans les relations entre particuliers et en l'absence de tout élément d'extranéité. Le droit européen des contrats n'aurait vocation à régir ni les relations entre particuliers – même issus de deux États de l'Union distincts – ni les relations entre les ressortissants d'un même État.

Le régime européen des contrats aurait ainsi vocation à assurer la protection des consommateurs et les échanges entre professionnels. Seuls pourraient se prévaloir de ce droit européen des contrats les consommateurs et les professionnels. Dans cette perspective, plus que la création d'un code européen des contrats, le projet pourrait être celui d'un code européen des contrats commerciaux et de la consommation¹⁷ ou un code européen des opérations économiques¹⁸ dépassant également le simple droit de la vente.

Le texte a également pour autres destinataires les entreprises. Le droit européen des contrats aurait également vocation à régir les relations entre les professionnels dans le cadre de leurs échanges. Sont principalement visées les entreprises européennes pour les contrats conclus entre elles. Le droit européen permettrait ainsi à ces sociétés de soumettre leurs relations à un droit commun, sans que soient appliquées les règles de conflit de lois. La création de ce droit européen implique une prise en compte des textes internationaux : l'esprit de ces dispositions, inspiré de la loi des marchands, ne sera pas sans influence sur le droit européen.

Une forme d'ambiguïté apparaît encore quant au domaine *ratione materiae* du projet : les dispositions communes envisagent un texte commun et unique qui tend à la fois à instaurer un régime particulièrement protecteur des consommateurs et à faciliter les échanges entre les professionnels. En somme, par l'édiction de dispositions similaires, sont poursuivis des objectifs qui apparaissent de prime abord quasi-antagonistes.

La mise en œuvre de ces textes implique, enfin, que soit déterminé le champ d'intervention *ratione loci*. La force du droit commun européen envisagé suppose que soit circonscrit le domaine géographique d'intervention. L'enjeu est de savoir s'il s'agit d'adopter un texte concurrent ou un texte qui se substitue aux dispositions nationales des États membres. Or, il semble davantage opportun,

17 J. CALAIS-AULOY, « Actualité de la protection du consommateur dans l'espace européen », *Drt et Patr.* 2002, n° 108, p. 93, « Je pense donc – mais je sais que cette opinion n'est pas partagée par tous – qu'il faut songer après l'harmonisation, à une étape nouvelle : celle de l'unification dans un corps de textes que l'on pourrait appeler le code européen de la consommation » ; Ph. MALINVAUD, « Réponse hors délai à la Commission européenne », *D.* 2002, Chron. p. 2542.

18 V. L.-F. PIGNARRE, « Méthode d'harmonisation en vue de la réalisation du marché intérieur », *RLDC* 2011, n°84, p. 69, l'auteur propose l'adoption d'un code des opérations économiques dont le contenu incluerait, notamment, les dispositions relatives à la protection de la partie faible, au respect du libre jeu de la concurrence, à la sécurité des transactions, aux garanties d'exécution, aux droits fondamentaux.

dans un premier temps au moins, de limiter l'application du régime commun européen aux opérations contractuelles faisant état d'un élément d'extranéité. Le droit européen unique serait ainsi limité aux opérations transfrontalières de l'Union européenne. Dans ces hypothèses, un système optionnel¹⁹ ferait perdre au droit européen de sa pertinence²⁰.

La difficulté persiste toutefois sur le point de savoir si le droit européen des contrats demeure applicable aux consommateurs ou même aux entreprises dans le cadre de leurs relations internes. Deux propositions sont alors envisageables. Soit le projet s'inscrit dans une perspective d'uniformisation sectorielle dépassant la tendance à l'harmonisation par l'adoption de directives ponctuelles – particulièrement notable pour le droit de la consommation – en élaborant « un droit européen de la consommation » et « un droit européen des contrats commerciaux²¹ » lesquels seront applicables dans les relations internes et européennes. Exit en ce cas l'application d'un droit interne, sauf pour les situations exclues du champ *ratione materiae* et celles non visées par les dispositions européennes.

Soit le droit européen est réservé aux opérations strictement européennes, auquel cas le droit interne demeure applicable réserve faite des hypothèses où est caractérisé un élément d'extranéité impliquant la mise en œuvre d'un droit européen. Dans ce cas, le droit national s'applique concurremment avec le droit européen. Cette acception suppose que soit précisément défini l'élément d'application du droit européen. Ce partage de compétence prend alors la forme de règle de « droit européen privé ». La force du texte européen à s'imposer reste alors obligatoire. Son efficacité est maintenue dans les deux hypothèses dès lors que la force de contrainte est assurée par des organes institutionnels. Le fondement juridique du pouvoir de l'Union pour l'adoption d'un texte assorti de la force contraignante dans le domaine du droit des contrats n'apparaît pas spontanément et doit être précisément défini. La délimitation du champ d'application externe du droit européen des contrats participe à la détermination de la compétence de l'Union.

B) Le fondement juridique du pouvoir de l'Union pour l'adoption d'un droit commun contraignant

L'ambition de l'Union d'élaborer un corps de règles assorti de la force contraignante dans la matière du droit des contrats, des obligations ou du droit civil suppose que soit déterminé le fondement sur lequel le texte sera adopté. Aucune disposition dans le traité ne confère expressément la compétence pour l'Union d'adopter des textes d'harmonisation dans le domaine du droit privé. Elle ne dispose d'aucune compétence exclusive en matière de droit civil. Mais elle

19 Il n'est pas question d'envisager la réforme à travers une applicabilité de l'*opt-in* ou de l'*opt-out*, le choix n'est pas laissé aux parties de se soumettre ou non au droit européen, V. C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne », *D.* 2003, Chron. p. 2450.

20 Ce qui pourrait être essentiellement reproché à la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente de 2011.

21 Il s'agira en somme d'établir un droit européen des contrats spéciaux, même si le départ entre le contrat civil et le contrat commercial s'avère peu opportun.

demeure compétente toutes les fois où l'unification de la législation est nécessaire et proportionnée à la réalisation du marché commun. Ainsi, l'Union est dotée d'une compétence quasi-générale caractérisée lorsque la disparité des législations a pour effet la création d'entraves à la libre circulation des marchandises ou affecte la concurrence sur le marché européen. Se fondant sur ces considérations, l'Union s'attribue la possibilité d'établir un projet de rapprochement des législations relatives à un régime général du droit des contrats. L'unification de l'intégralité de ce domaine aurait pour effet d'instaurer, plus spécifiquement, une protection accrue des consommateurs et de faciliter les échanges entre les professionnels. À ce titre plusieurs fondements attribuant une compétence à l'Union pourraient être invoqués. Ceux-ci sont tributaires de la force avec laquelle le texte entend être intégré dans les législations nationales des États-membres.

L'adoption du texte pourrait être envisagée par un traité international. Or, l'efficacité de cette mesure et la réalisation de l'objectif d'unification impliquera une ratification de la part de tous les États. Le risque étant alors que certains refusent la ratification du texte²² ce qui aurait pour effet d'accroître les régimes potentiellement applicables²³.

L'unification du droit des contrats est alors envisagée sur le fondement de l'article 114 alinéa premier du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²⁴. Par ce texte le Conseil peut prendre à la majorité qualifiée « *les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres et qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur* »²⁵. S'il peut être opposé à l'utilisation de ce fondement la préexistence du marché à l'adoption d'un texte de réforme du droit des contrats²⁶, il convient de préciser que la disposition vise non seulement l'établissement mais également le fonctionnement du marché unique, ce que poursuit en l'occurrence l'Union.

Ainsi, se fondant sur l'article 114 du TFUE et justifiant du respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité, la Commission entreprend, par la voie réglementaire, l'adoption d'un droit européen de la vente ayant pour objet « de favoriser les conditions d'établissement et de fonctionnement du marché intérieur par la création d'un corps uniforme de règles en matière contractuelle, le droit européen de la vente ». L'article 308 du TUE permet également au Conseil d'adopter à l'unanimité cette fois, les mesures adéquates si « une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la communauté ». Dès lors que l'unification du droit des obligations participe au fonctionnement du marché commun alors la Communauté devient compétente.

22 En ce sens C. VON BAR, « Le groupe d'études sur un Code civil européen », *RIDC* 2001, p. 127, « Des traités internationaux contribuent seulement à une unification du droit, avantageuse pour la zone entière de l'Union européenne si tous les États-membres y adhèrent en bloc ».

23 C. VON BAR, *ibid.*

24 J. BASDOW, *op. cit.* ; B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 463 ; Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, p. 2542.

25 Sur ce fondement ont été adoptées les directives d'harmonisation en droit de la consommation notamment.

26 B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.* ; Ph. MALINVAUD, *op. cit.*

L'interprétation de ces articles étend considérablement la compétence de l'Union²⁷ de sorte que, s'intégrant parmi les missions de l'Union, le projet relève de la compétence de cette dernière. Partant, l'unification efficace d'un droit européen, doté d'une force obligatoire et contraignante, pourrait être envisagée sur ces différents fondements.

Dans une perspective identique d'efficacité, le rapprochement des législations doit être préféré sous la forme d'une unification plus que d'une harmonisation de sorte à parvenir à une identité de législation plus aboutie.

En tout état de cause, le succès de ce droit commun implique le rejet de tout mécanisme optionnel lequel ne ferait, plutôt qu'unifier, qu'accroître les droits potentiellement applicables. Le système optionnel est d'autant plus à exclure si la réforme poursuivie par l'Union s'inscrit dans une perspective de complète unification du droit des obligations et plus largement du droit civil. Partant, le système optionnel ne saurait être utilisé favorablement puisque d'une part, il fait obstacle à l'application uniforme du droit et d'autre part, il contredit les ambitions poursuivies d'instaurer des principes généraux uniques du droit : le mécanisme optionnel est incompatible avec des règles édictant des principes généraux du droit. Si l'exemple des *Restatements of the law*²⁸ du droit des États-Unis peut être suivi, cela ne peut être qu'à titre transitoire. Dépourvue de toute force contraignante et abandonnée à une libre intégration dans les législations locales, cette méthode sert davantage de guide législatif que d'instrument d'unification.

Un droit européen des contrats ne peut s'envisager efficacement que s'il est assorti de la force contraignante. Or, si l'Union n'a pas adopté de position définitive, elle tend toutefois à s'orienter vers un système non contraignant de boîte-à-outils ou vers un système optionnel.

III - L'orientation de la Commission en faveur d'un instrument optionnel

L'intégration du droit européen des contrats par un mécanisme non contraignant ne suscite que peu de difficultés quant à la compétence de l'Union. La souveraineté des États se trouve également moins atteinte lorsque le texte ne s'impose pas par la force obligatoire dans l'ordonnancement juridique des États-membres. La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente émise par la Commission le 11 octobre 2011, envisage une unification du droit dans ce domaine par un droit optionnel. La position en faveur d'un instrument facultatif paraît, à cet égard au moins, bien fixée. Il faut convenir, toutefois, que cette position s'inscrit dans une perspective d'unification sectorielle strictement circonscrite, d'une part et dont les dispositions sont spécifiquement adaptées à la

27 Même si la CJUE invite à une interprétation stricte de ces articles, Avis de la CJUE où elle précise le mode d'application de l'article 308 du TUE, 23 mars 1996, Avis 2/94, cet article « ne saurait constituer un fondement pour élargir le domaine des compétences de la Communauté au-delà du cadre général résultant de l'ensemble des dispositions du traité et en particulier de celles qui définissent les missions et les actions de la communauté ».

28 Le mécanisme du *Restatement* consiste dans l'édiction de lois générales types et convergentes et dont la ratification est abandonnée aux États qui peuvent les adapter.

protection des parties considérées faibles, d'autre part. Elle ne saurait, alors, se présenter comme la réponse définitive apportée au Livre vert de la Commission émis en juillet 2010 et aux travaux antérieurs entrepris pour la réalisation d'un droit européen des contrats. Pour autant, si la méthode optionnelle vers laquelle tend la Commission (A) est plus facilement acceptable pour les États, l'efficacité du projet de renforcement de la protection des consommateurs et des échanges entre professionnels doit être relativisée (B).

A) L'expression de la faveur pour un droit optionnel

Le groupe d'experts désigné par la Commission révèle plusieurs positions prises à travers les différents travaux rendus par les groupes de travail à partir du dernier livre vert. S'il n'est pas une position dominante qui apparaît dans ces travaux, le parti pris se fait sentir, toutefois, d'un instrument établissant un droit des contrats européen n'ayant pas vocation à s'imposer aux États en remplacement de leur droit national. La perspective d'un droit européen recouvrant l'intégralité du droit des contrats des États membres ne semble être que peu envisagée. L'obstacle principal du recours à une telle méthode réside dans l'absence de culture juridique commune, d'une part, et dans la spécificité du domaine d'intervention destiné à être recouvert, d'autre part.

Envisager un droit européen des contrats dans le cadre de l'Union européenne implique une limitation « naturelle » du domaine aux objectifs économiques liés au marché commun poursuivis par l'institution. Dans cette dernière acception, sont principalement visés les contrats de vente et de prestations de services entre professionnels et entre professionnels et consommateurs. Si le choix initialement manifesté est celui de l'harmonisation d'un droit des contrats allant au-delà du droit de la consommation et de la concurrence alors²⁹, et indépendamment de l'intensité normative du texte, son adoption par les États membres ne saurait être que difficilement envisagée. Les textes communs proposés par les différents groupes de travail ne paraissent pas ainsi limités par un domaine contractuel particulier. Le droit européen des contrats présenté par ces groupes a davantage pour objet l'intégralité du régime général des contrats et ne se réduit pas à un régime spécial de protection des consommateurs.

Si le parti pris par le groupe d'experts désigné par la commission et par la Commission elle-même est celui d'un droit optionnel et sectoriel, il n'est cependant pas réservé aux consommateurs. Les recommandations émises par la Commission

29 C'est à partir du *Common frame of reference* que le texte commun devrait être élaboré; V. l'avis exprimé par le Conseil Européen: «le cadre commun de référence pour le droit européen des contrats devrait être un ensemble non contraignant de principes fondamentaux, de définitions et de règles types qui pourrait être utilisé par les législateurs au niveau de l'Union afin de garantir, lors du processus législatif, une plus grande cohérence et une meilleure qualité», et par la Commission dans ce sens, COM(2003)68 final, *Plan d'action*; D. STAUDENMAYER, *Dr. et patr.* avr. 2003, n° 114, p.8; du même auteur, «Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats», *JCP G* 2003, I, 127; B. FAUVARQUE-COSSON, «Un nouvel élan pour le Cadre commun de référence en droit européen des contrats», *D.* 2010, p. 1362; F. MARCHADIER, «Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen?», *RDC* 2011/1, p. 229.

s'orientent vers une uniformisation d'un droit applicable aux contrats impliquant des consommateurs et des professionnels. C'est en ce sens également qu'elle s'oriente dans sa proposition de règlement pour un droit européen de la vente³⁰.

Le choix de la méthode utilisée pour un droit commun des contrats s'inscrit en porte-à-faux avec un système contraignant. L'avis exprimé par certains groupes de travail³¹ et auteurs est orienté vers un droit optionnel. Le droit européen des contrats doit être envisagé à travers un dispositif législatif souple dont la force de contrainte n'est prise en compte que lorsqu'une manifestation de volonté de s'y soumettre est exprimée. Inscrit dans le cadre d'un droit explicitement qualifié de « mou », un tel droit européen trouverait moins sa légitimité dans les instances législatives européennes, que dans l'intervention des acteurs nationaux, citoyens ou législateurs.

L'objectif d'harmonisation du droit des contrats aurait alors vocation à se réaliser dans les droits internes des États membres de manière progressive par une prise en compte – éventuelle – par les législateurs internes, dans le cadre de leurs réformes, des concepts communs de nature à permettre une lecture unique d'un droit européen des contrats ; mais également par la volonté exprimée des parties de soumettre leur contrat, en cas de litige, au droit européen.

Le recours à un droit optionnel ou le choix d'une « boîte à outils » semblent être les solutions favorites, apparaissant majoritairement dans les études rendues en réponse au livre vert de la Commission.

Le droit européen envisagé, par la méthode d'une « boîte à outils » suppose que les législateurs nationaux s'astreignent à l'emploi de termes communs et de principes communs lors de l'élaboration de règles législatives nouvelles relatives au droit des contrats. Cette technique doit permettre, à terme, de parvenir à la construction d'une structure juridique commune applicable en matière de droit des contrats et à une uniformisation des règles.

Le recours à cette méthode se révèle favorable aux États membres en raison non seulement de l'absence de texte imposé de manière contraignante, mais encore de l'absence de contrainte dans l'utilisation des concepts communs constituant la boîte-à-outils. Ces concepts sont mis à la disposition des États qui restent libres de leur faire produire des effets dans leur ordonnancement juridique. Ils jugent, ainsi, seuls, de la nécessité de l'élaboration de dispositions communes. Dans cette mesure, les États sont davantage disposés à modifier ou abandonner les concepts et principes propres pour lesquels ils montrent parfois un attachement particulier.

Il est espéré, par le recours à cette méthode, une harmonisation du droit des contrats sans contrainte portée à maturité par la récurrence des recours volontaires de la part des acteurs politiques.

30 COM(2011)635 final, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law.

31 V. sur une réponse au livre vert de la Commission du 1^{er} juillet 2010, M. BEHAR-TOUCHAIS et M. CHAGNY, « Le droit européen des contrats en débat, Synthèse des travaux des groupes du réseau TEE sur le Livre vert de la Commission du 1^{er} juillet 2010 », *RDEur.* 2011, p. 361.

Les avantages attachés à l'utilisation d'une « boîte à outils » doivent toutefois être relativisés. En effet, il ne saurait être entrepris une harmonisation rigoureuse du droit européen des contrats par une mise à disposition des législateurs nationaux d'éléments – outils – d'élaboration d'une législation contractuelle commune. L'aléa lié au recours à l'instrument conceptuel commun ne saurait permettre l'adoption effective d'un corps de règles unique. L'efficacité relative de cette méthode semble en inadéquation avec les ambitions de protection renforcée des consommateurs et d'échanges entre professionnels poursuivis par l'Union.

Partant, le recours par l'Union à cette méthode ne saurait être envisagé autrement que comme une étape, l'une des premières, vers l'adoption d'un texte législatif assorti de la force contraignante. Dans cette même voie, la compétence de l'Union ne suscite pas de difficulté ; il ne s'agit pas pour elle d'adopter un texte s'imposant aux États.

La seconde branche de l'alternative caractérisant la méthode d'adoption d'un texte européen assorti d'une force contraignante relative consiste en la méthode optionnelle.

Le groupe d'experts désigné par la commission semble s'orienter, sans exprimer de position ferme pour autant, vers un droit commun dont la mise en œuvre dépend de la référence faite par les parties de soumettre leur contrat au régime commun de droit européen.

Le recours au droit souple, laissé à la disposition des parties, séduit particulièrement dès lors qu'il ne heurte pas les droits nationaux des États par une substitution complète et n'implique pas la modification des dispositions impératives contraires.

Le mécanisme optionnel apparaît comme une méthode favorable à l'adoption d'un dispositif commun en droit des contrats. En effet, la difficulté spécifique en matière d'harmonisation du droit des contrats réside dans la présence des concepts et de principes divergents présentés comme des obstacles à une parfaite harmonisation. Or, la méthode consistant dans l'élaboration d'un texte dont la prétention demeure la création d'un régime commun facultatif s'ajoutant au régime du droit des contrats nationaux³² s'inscrit également dans une perspective d'harmonisation progressive. Ainsi, les divergences juridiques conceptuelles doivent s'estomper pour laisser place subrepticement aux concepts communs.

L'idée véhiculée par la méthode optionnelle est celle d'envisager le système du référent comme un intermédiaire entre l'absence de dispositions communes et une harmonisation complète.

Les parties conservent ainsi la possibilité de soumettre leur opération au droit applicable dans l'ordre interne de l'une ou de l'autre, voire d'un État tiers ; mais en outre, elles auront la possibilité d'opter pour l'application du régime du droit des contrats européen³³. La protection des consommateurs se trouve particulièrement assurée par la mise en œuvre du mécanisme optionnel puisqu'il

32 J-S. BERGÉ, « L'hypothèse d'un 28^e droit européen des contrats », *RDC* 2010/4, p. 1401.

33 L'application du droit européen suppose que soit encore précisée l'exigence d'éléments d'extranéité réservant le régime aux contrats transfrontaliers.

suffit pour une partie de s'y référer ou de conclure un contrat type faisant une applicabilité systématique du droit européen des contrats.

Le contrat, acte de prévision, implique également un droit dont chaque partie est en mesure de saisir le sens. En cela, le droit des contrats unique permet de rétablir l'équilibre et l'égalité entre les différentes parties par une applicabilité uniforme du droit des contrats aux opérations transfrontalières.

Dans cette acception, le droit européen s'inscrit parfaitement dans le contexte du développement de l'e-commerce³⁴. Les échanges commerciaux *via* internet entre ressortissants de l'Union ne cessent de se développer. Un régime juridique commun applicable à ces opérations permettrait aux différents agents européens, consommateurs et professionnels, de se voir appliquer un régime unique sans que la question du droit national applicable ne suscite l'interrogation. L'existence d'un droit unique permet aux consommateurs de connaître le droit auquel leur opération sera soumise en cas de litige les opposant à un professionnel d'un État membre de l'Union³⁵. Le régime unique aurait alors vocation à favoriser le commerce électronique dans l'espace européen. Le critère de l'extranéité doit également être pris en compte dans cette acception dans la mesure où il ne saurait être prévu un droit européen réservé aux ventes de marchandises en ligne uniquement. À défaut, les opérations de vente interne seraient soumises à un régime distinct³⁶ selon que l'acte de vente est passé *via* internet ou directement en boutique³⁷.

La particularité de cette méthode réside, principalement, dans l'absence de substitution du droit interne des États membres par le droit de l'Union. Partant, elle ne suscite qu'une difficulté moindre quant à la compétence de l'Union : ce droit ne fait que se rajouter au droit des États membres et ne modifie ni la substance du droit interne ni son applicabilité³⁸. La coexistence des droits nationaux et du droit de l'Union³⁹ permet une intégration simplifiée de ce dernier dans les ordonnancements juridiques.

34 P. ex. LVMH Submission, Public consultation on the Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses, 2011, p.2, « *We believe a European Contract Law instrument could contribute to supporting the growth of e-commerce, particularly across borders, by increasing legal certainty and consumer trust through higher levels of consumer protection* ». « *LVMH supports progress on the European Commission's option 4 in the consultation: Regulation setting up an optional instrument of European Contract Law* », http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0052_en.htm.

35 Trans Europe Expert, Réseau européen d'experts en droit, Réponse au livre vert de la Commission européenne relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises J.S. Borghetti (dir.), avec C. Bloud-Rey, G. Busseuil, G. Helleringer, A-L. Sibony, L. Telbault, p.12, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0052_en.htm.

36 C. AUBERT DE VINCELLES, *op. cit.*, *RTD Eur.* 2010, p.695.

37 Trans Europe Expert, Réseau européen d'experts en droit, Réponse au livre vert de la Commission européenne relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, *op. cit. loc.cit.*

38 J-S. BERGE, « L'hypothèse d'un 28^e droit européen des contrats », *préc.*

39 S'exprimant sur la méthode optionnelle, la Commission évoque bien l'élaboration d'un « second régime » coexistant avec le droit national applicable ; également V. B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un instrument optionnel en droit européen des contrats », *Constitutions* 2010 p.563.

Ce régime a vocation à s'inscrire parmi les droits souples, ou dit « mous », dont la force de contrainte s'apprécie à des degrés distincts. D'abord, sa force contraignante est, par définition, inexistante lorsqu'il ne fait l'objet d'aucune sollicitation *a priori* par les parties à un contrat. En cas de conflit, le juge ne peut faire application de ce droit en l'absence de disposition contractuelle contraire. L'autre corollaire du « *soft-law* » est que sa qualité ne lui permet pas de s'intégrer dans la mise en œuvre des règles du droit international privé. Le mécanisme optionnel se manifeste en amont de tout litige éventuel, en même temps que la conclusion du contrat ou par une modification ultérieure, et non *a posteriori*, en impliquant, le cas échéant, la mise en œuvre des règles de conflit de loi. Ensuite, la force contraignante de la norme européenne n'apparaît que si les parties ont expressément réservé son application, et se révèle *in fine* en cas de litige par l'application qu'en fait le juge.

En somme, si la méthode de la boîte-à-outils dépend de l'utilisation des moyens juridiques par les législateurs nationaux, la méthode optionnelle est largement tributaire de la loi d'autonomie, de la volonté des parties⁴⁰ : la force contraignante du texte dépend leur volonté exprimée⁴¹. Dès lors que les parties décident de soumettre leur contrat au droit européen des contrats, elles ne pourront déroger qu'aux règles énoncées supplétives de volonté. Une fois désigné, le droit commun européen retrouve une force contraignante identique à celle d'un droit national. Partant, les dispositions du texte européen, même facultatif, impliquent également une analyse de la compatibilité avec les dispositions impératives nationales mais aussi de compatibilité avec la compétence de l'Union.

C'est la méthode optionnelle que choisit la Commission dans sa dernière proposition en date relative à l'adoption d'un règlement pour un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011⁴². En effet, si dans ses communications des dix dernières années, la Commission interrogeait quant à l'adoption d'un droit européen des contrats et que les différents groupes de travail œuvraient et élaboraient un régime général commun du contrat, elle émet dans sa dernière communication une proposition de règlement limité au droit de la vente.

Cette proposition interpelle particulièrement en raison de son contenu, de sa méthode et de ses objectifs et surtout du contexte juridique européen dans lequel elle s'inscrit.

Mais dans un premier temps, il convient de relever que si la Commission penche en faveur d'un instrument optionnel, caractérisé par la faiblesse de sa force contraignante – relative – en raison de sa subordination au choix des parties de s'y soumettre, la proposition d'adoption d'un tel texte par la voie réglementaire, donc

40 V. en ce sens S. BERGÉ, « L'hypothèse d'un 28^e droit européen des contrats », *préc.*; S. WHITTAKER « L'instrument facultatif du droit européen des contrats et la liberté contractuelle », *RDC* 2011/2, p. 579.

41 B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un instrument optionnel en droit européen des contrats », *Constitutions* 2010 p. 563.

42 COM(2011)635final, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law.

d'application immédiate dans l'ordre juridique des États membres, et non par le recours aux directives impliquant une transposition, indique que la Commission entend adopter un texte d'une intensité normative supplémentaire ne laissant aucune marge de manœuvre aux États.

Quant à son contenu et à sa méthode d'abord, il convient de relever qu'il n'est pas encore question pour la Commission de proposer l'adoption d'un droit européen des contrats entendu comme une unification du régime général du contrat tel qu'il ressort des différents travaux. L'intitulé semble circonscrire le texte au droit de la vente : le contenu des dispositions est réservé aux obligations d'information et au contrat de vente de biens et de fourniture de contenu numérique. La limite *rationae materiae* se révèle toutefois relative pour deux raisons au moins. Le contrat de vente est le contrat spécial le plus utilisé, d'avantage encore dans le contexte de l'Union européenne, et il implique par lui-même la prise en compte des règles générales applicables à tout contrat. Ainsi, les articles du texte ne se contentent pas d'édicter des dispositions spéciales du droit de la vente mais reprennent le régime applicable à la phase précontractuelle du contrat, des conditions de formation, de l'exécution, des sanctions de l'inexécution jusqu'à la prescription. En somme, sous couvert d'un droit spécial de la vente, le texte s'empare de ce qui relève traditionnellement de la théorie générale du contrat, en s'inspirant largement des travaux existants. L'objectif de protection des consommateurs et d'accroissement des échanges entre les professionnels des États membres justifie l'édiction des dispositions spéciales tant à l'égard des consommateurs que des professionnels, particulièrement au regard des obligations d'information, des clauses abusives, ou des délais de rétractation. Dès lors, et malgré l'intégration des dispositions relatives au contrat en général, force est de reconnaître que la spécificité du domaine qui l'entoure a pour effet de complexifier la lecture du régime et empêche d'en extraire un régime général du contrat.

Le texte détermine *ratione loci* son applicabilité en permettant aux parties d'élire le régime applicable pour leur contrat transfrontière caractérisé par des éléments déterminés, notamment, par la résidence habituelle des parties dans les contrats entre professionnels, et dans les contrats entre professionnels et consommateur par l'adresse générale, l'adresse de livraison du bien, ou l'adresse de facturation indiquée par le consommateur, dans un État-membre⁴³.

La méthode retenue est caractérisée par l'adoption d'un texte optionnel : le choix de soumettre un contrat au droit commun européen est expressément abandonné aux parties⁴⁴. Ce régime optionnel n'a pas vocation à remplacer le droit spécial de la vente des États membres, moins encore leur régime général interne applicable au contrat⁴⁵. En adoptant un droit de la vente optionnelle, l'Union semble tenir compte de la position dominante, celle résultant des idées en faveur

43 COM(2011)635, final, p. 19.

44 L'article 3 du règlement relatif au droit commun européen de la vente, énonce le caractère facultatif des règles de droit contractuel dans les contrats transfrontières portant sur la vente de biens, la fourniture de contenus numériques et la prestation de service connexe.

45 COM(2011)635 final, p. 6.

d'un droit facultatif exprimées par les groupes de travail suite aux consultations émises par la Commission. Le texte aura ainsi vocation à s'appliquer avec les avantages que présente la méthode optionnelle.

Relativement au contexte de politique juridique dans lequel s'inscrit le texte, il convient de s'interroger sur son opportunité au regard des communications délivrées antérieurement par la Commission. En effet, si les objectifs poursuivis par cette proposition convergent sensiblement vers ceux préalablement énoncés, (renforcement accru de la protection des consommateurs et facilitation des échanges entre professionnels de l'Union en vu de l'amélioration de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur⁴⁶) les réponses étaient recherchées dans l'élaboration d'un régime général commun en droit des contrats, ce sur quoi ont réfléchi les groupes de travail permettant ainsi la création du *Draft Common Frame of Reference*, des principes contractuels communs... Pourtant, la proposition de règlement pour un droit européen de la vente, sans correspondre au droit substantiel dont l'harmonisation était prônée, se fixe la réalisation d'objectifs identiques.

La question est alors celle de savoir si la proposition de règlement relatif à un droit de la vente doit être reçue comme une réponse aux communications et travaux antérieurs ayant pour objet un droit européen des contrats. Les premières interrogations reposent sur le point de savoir si l'Union entend s'arrêter à un droit commun de la vente, ou si elle maintient ses objectifs de réalisation d'un régime commun de droit des contrats.

Les limitations substantielles parmi lesquelles le champ d'application matériel d'abord et les limitations *ratione personae* aux consommateurs et professionnels, petites et moyennes entreprises ensuite, laissent penser, indépendamment de l'identité d'objectifs poursuivis justifiant essentiellement la compétence de l'Union, que la perspective d'unification d'un régime général du contrat demeure entière. L'adoption d'un droit spécial de la vente adapté au domaine de la consommation et des échanges entre professionnels de PME ne saurait se prétendre suffisant pour atteindre les objectifs d'un droit européen des contrats.

Malgré les éléments favorables que présente la méthode d'un « *soft-law* » pour les États membres, l'adoption d'un droit européen des contrats, allant au-delà du droit de la vente, par cette voie semble toutefois en contradiction avec les objectifs d'élaboration d'un régime commun. Dès lors que la force normative du texte dépend de la loi d'autonomie des parties⁴⁷, la réalisation d'une applicabilité uniforme ne saurait être raisonnablement envisagée: les disparités entre les différentes législations demeureraient.

B) L'incompatibilité d'un instrument optionnel avec l'objectif d'harmonisation

Si la perspective d'un droit européen des contrats s'inscrit dans une forme d'unification du droit, le mode optionnel ne parvient que difficilement à un tel

46 COM(2011)635 final, p. 24 et notamment COM(2001)398; COM(2010)348 final.

47 S. WHITTAKER, « L'instrument facultatif du droit européen des contrats et la liberté contractuelle », *op. cit.*

résultat. Au contraire, le système optionnel met à la disposition des parties un régime contractuel supplémentaire. L'intensité normative limitée de cette méthode a pour effet de vider de sa substance l'entreprise d'une législation commune applicable en droit des contrats. Il est profondément contradictoire d'envisager à la fois un régime commun de droit des contrats et d'abandonner, dans un même temps, aux contractants la possibilité de se soumettre ou non à celui-ci. La création d'un 28^e régime n'a d'autre effet que d'ajouter au paysage juridique un nouveau régime applicable.

Le sens optionnel se saisit d'autant moins que l'harmonisation du droit des contrats s'envisage, notamment, à l'égard des contrats conclus entre les consommateurs et les professionnels. Or, dans les relations qui le lient à un professionnel, il est difficilement envisageable que le droit européen des contrats soit invoqué par le consommateur lui-même.

1) L'utilité relative d'un droit européen des contrats optionnel destiné au renforcement de la protection des consommateurs

Le caractère optionnel des dispositions applicables aux contrats, conclus entre un professionnel et un consommateur, ne fait qu'inscrire ce nouveau régime parmi un choix plus large. Si le système optionnel laisse aux parties la possibilité de désigner ce droit comme la loi de leur contrat, en raison de l'absence de connaissances précises dans le domaine juridique, le temps et le coût de l'acquisition des informations, le cas échéant, par le recours à un professionnel, il est peu probable que le consommateur en soit à l'origine.

Quant au professionnel, son orientation vers un droit plus favorable aux consommateurs serait contraire à ses intérêts économiques, donc difficilement envisageable. Par l'adoption d'un système optionnel, l'objectif de protection du consommateur est largement battu en brèche. Le choix du régime applicable est, *in fine*, laissé à la discrétion du professionnel.

L'ambiguïté persiste lorsqu'une comparaison est établie entre la fonction d'un 28^e régime potentiel du droit des contrats et le droit européen préexistant en matière de consommation. Le droit commun envisagé en Europe serait élaboré à partir d'un Cadre commun de référence dont les dispositions sont relatives à un régime général du contrat. Or, les dispositions européennes existantes et en vigueur dans l'ordonnancement juridique des différents États membres concernent la protection des consommateurs et se présentent à travers des directives spéciales ayant force contraignante et soumises à une harmonisation complète⁴⁸. La méthode optionnelle est antagoniste à l'objectif d'adoption de dispositions communes. Le

48 La transposition d'une directive communautaire laisse peu de marge de manœuvre aux États privés de la possibilité d'adopter des dispositions plus favorables aux consommateurs : CJCE 23 avr. 2009, n° C-261/07, *VTB-VAB NV c/ Total Belgium NV*, décision concernant l'interdiction des offres conjointes, *D.* 2009. 1273, obs. E. PETIT, et 2561, chron. M. CHAGNY ; *RTD Com.* 2009. 607, obs. B. BOULOC ; CJUE, 14 janv. 2010, n° 304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, décision relative les loteries publicitaires liées à l'achat d'un produit ; CJUE 9 nov. 2010, n° C-540/08, *Mediaprint*, décision relative à l'interdiction de vente avec prime, *D.* 2010. 2829, V. J. ROCHFELD, « L'eupéanisation des sources du droit des contrats : de l'influence des

manque de contrainte directe ne peut avoir pour effet de diminuer les disparités entre les législations nationales⁴⁹.

La commission semble avoir opéré une volte-face par sa communication en 2010, et, dans une autre mesure, par sa proposition de règlement relative à un droit commun européen de la vente en 2011, par rapport aux objectifs qu'elle avait énoncés antérieurement. La nécessité de parvenir à un droit de la consommation uniforme dans les législations internes en s'orientant vers une harmonisation complète des dispositions européennes adoptées est exprimée par la Commission dans une communication en 2001⁵⁰. La méthode sélectionnée consiste en l'adoption de «directives globales» ne laissant que peu de marge d'intervention aux États membres lors de leur transposition et de leur application. L'efficacité de l'uniformisation de la législation communautaire de la consommation repose alors sur la force contraignante des textes adoptés.

Dans ce contexte est adoptée la directive 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales⁵¹ qui fournit une illustration pertinente de la politique de protection des consommateurs recherchée par l'élaboration de textes contraignants envisageant une harmonisation maximale⁵².

Il convient, toutefois, de reconnaître que le principal inconvénient de la législation européenne actuellement applicable aux opérations contractuelles mettant en cause les consommateurs consiste dans la dispersion des textes. Les multiples directives⁵³ européennes et propositions⁵⁴ afférentes à la protection de la partie considérée comme étant la plus faible couvre des matières spécifiques réservées à des domaines précis dont l'organisation formelle se révèle lacunaire.

directives d'harmonisation maximale, de nouveau, et des limites éventuelles à la contrainte qu'elles imposent», *RDC* 2011/2, p. 397.

49 J. ROCHFELD, «L'eupéanisation des sources du droit des contrats...», préc.

50 COM(2001)531, 2 octobre 2001.

51 Dir. 2005/29/CE, 11 mai 2005, transposée dans le droit français par la loi n°2008-3, du 3 janvier 2008, pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

52 M. LUBY, «La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales. (Une illustration de la nouvelle approche prônée par la Commission)», *Europe*, n°11, novembre 2005, étude n°11; J. ROCHFELD, «L'eupéanisation des sources du droit des contrats...» préc.; du même auteur, «Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen?», *RDC* 2011/1, p. 229; P. RÉMY-CORLAY, «La directive 2005/29/CE sur les pratiques déloyales, directive d'harmonisation maximale», *RTD civ.* 2005, p. 746; V. D. FENOUILLET, «Une nouvelle directive pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales», *RDC* 2005, p. 1059.

53 Directive Européenne 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs; Directive européenne 2002/65/CE du 23 septembre 2002, relative à la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance et 98/27/CE du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs; Directive européenne 99/44/CE du 25 mai 1999 relative à la vente et garantie de biens de consommation; Directive 98/7/CE du 16 février 1998 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation; Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

54 Dans le sens identique de la protection de la partie faible par une harmonisation sectorielle, la proposition de règlement sur un droit commun européen de la vente de 2011.

La multiplication et la succession des textes élaborés de manière ponctuelle ne sauraient assurer une lisibilité d'ensemble et une articulation cohérente des différentes dispositions entre elles ou entre elles et les dispositions nationales.

Ainsi, la Commission s'était déjà prononcée dans plusieurs communications⁵⁵ en faveur de l'élaboration d'un droit plus cohérent reprenant notamment des acquis communautaires relatifs aux opérations contractuelles, essentiellement, intervenant entre professionnels et consommateurs, mais également dans les relations contractuelles entre professionnels, à travers les règles de conflits de lois applicables en matière contractuelle. Un Livre vert posant le problème de la protection des droits des consommateurs, et dont l'application *ratione loci* aurait vocation à s'étendre aux opérations tant transfrontalières que nationales, a ainsi été publiée⁵⁶. Une proposition de directive de droit commun de protection du consommateur est rendue publique le 8 octobre 2008⁵⁷. La méthode d'adoption du texte proposé est celle d'une harmonisation totale sur le modèle de la directive 2005/29. Autrement dit, le projet a vocation à être adopté par une harmonisation complète échappant à l'appropriation par les États-membres de son contenu.

Le livre vert de la commission élaboré en 2010 a pour objet l'élaboration d'un droit commun des contrats, au sens d'un régime général commun aux États membres⁵⁸, et non d'un droit commun de la consommation comme ceci était le cas dans la proposition cadre de 2008, ou d'un droit spécial de la vente, comme c'est le cas en 2011. Or, dans l'un et l'autre les objectifs poursuivis restent identiques : ce projet d'harmonisation est destiné aux consommateurs et aux entreprises : l'objectif poursuivi par la Commission est celui de rendre la conclusion des contrats entre les entreprises et les consommateurs plus simple et moins onéreuse en proposant un droit des contrats européen à valeur facultative⁵⁹.

Dans cette optique, l'adoption d'un régime général applicable au contrat européen, ou celle d'un droit européen de la vente, n'offre pas plus de lisibilité au régime de protection du consommateur, au contraire, il ajoute aux directives existantes. Il suppose également et inévitablement, une articulation cohérente

55 Voir en particulier les COM(2003) 68 final, relative au plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent ; COM(2004) 651 final du 11 oct. 2004, relative à la voie à suivre pour l'établissement d'un droit européen des contrats et la révision des acquis ^a.

56 COM(2006) 744 final. Adde. G. RAYMOND, « Le Livre vert sur le droit communautaire de la consommation », *Contrats conc. consom.* 2007, Étude 5 ; plus critique V. L. GRYNBAUM et F. LEPLAT, « Ordonnance « services financiers à distance ». - De la relativité du Code de la consommation comme code... pilote », *JCP G* 2005, I, 193,

57 Proposition-cadre du Parlement européen et du Conseil du 8 octobre 2008 relative aux droits des consommateurs 2008/0196 ; COM(2008) 614 final ; G. PAISANT, « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs – Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ? », *JCP G* 2009, I, 118 ; J. ROCHFELD, « L'actualité des sources du droit des contrats – L'état des lieux des discussions relatives à la proposition de directive-cadre sur les droits du consommateur du 8 octobre 2008 », *RDC* 2009/3, p. 981.

58 Voir sur la distinction terminologique et substantiel du « droit commun » au sens de « régime général » en droit français, et « droit commun » au sens de « identique dans les États membres de l'Union », J-S. BERGÉ, « L'hypothèse d'un 28^e régime... », préc. p. 229.

59 Livre vert COM(2010)348 du 1^{er} juillet 2010, dont l'intitulé précise que les destinataires de ce droit commun sont les consommateurs et les entreprises.

entre les dispositions spéciales issues des directives en vigueur, du point de vue tant formel, puisque ces dispositions sont dotées d'une force contraignante directe dans l'ordre juridique des États-membres, que substantiel, en ce que ces dispositions impliquent également l'utilisation de l'instrument contractuel.

En revanche et en ce qui concerne les conventions conclues entre les professionnels, le choix du régime applicable à leurs contrats en cas de litige ne relève pas d'une quelconque particularité. Il est généralement prévu dans une clause le droit auquel le contrat sera soumis.

2) L'utilité relative d'un droit européen des contrats optionnel destiné à favoriser les échanges entre professionnels

La diversité de la législation applicable aux contrats conclus entre les professionnels des États de l'Union est tantôt présentée comme un avantage, assurant la concurrence sur le marché⁶⁰, tantôt comme un obstacle aux échanges commerciaux⁶¹.

Les parties à un contrat transfrontalier accordent une importance particulière au droit régissant leur convention. Le contrat comme acte de prévision prend ici tout son sens. La mise en œuvre effective d'un droit supplétif de volonté ne conserve qu'une place résiduelle.

La pluralité des législations de l'Union offre la possibilité pour les opérateurs économiques de désigner comme loi applicable celle correspondant au mieux à leur contrat. Ainsi, les interventions législatives européennes relatives aux contrats *B to B* ou certaines de leurs clauses types sont peu fréquentes, à l'inverse de la législation de protection des consommateurs⁶², et ceci malgré la proposition de règlement sur un droit européen de la vente limitée aux professionnels lorsqu'une partie au moins est une PME⁶³, ce qui réduit fortement sa pertinence en matière d'applicabilité aux contrats transfrontières entre professionnels.

L'Union semble faire prévaloir l'autonomie des volontés. Un éventail de droits des contrats, composé d'autant de régimes que d'États membres, s'offre aux parties.

Au-delà des divers droits nationaux, les textes spéciaux applicables aux contrats internationaux, tels que la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises ou les Principes Unidroit applicables au commerce international, tendent à présenter un corps de règles ayant vocation à transcender les droits nationaux en offrant une lecture et une compréhension commune des dispositions applicables. La force contraignante de ces textes présente une intensité toute relative, en ce sens que leur régime respectif ne peut être invoqué que si les parties l'ont expressément prévu dans leur convention, ou, pour la CVIM, ne l'ont pas expressément exclu. Le régime contractuel proposé par ces dispositions, adressé

60 «Le code civil européen», Spécial congrès des notaires, *Droit et patrimoine*, 2004, p. 125.

61 COM(2008) 614 final.

62 S. WHITTAKER, «L'instrument facultatif du droit européen des contrats et la liberté contractuelle», *RDC* 2011/2, p. 579.

63 Article 7 de la proposition de règlement sur un droit commun européen de la vente.

et mis à la disposition des « marchands », n'a pas pour autant cet effet d'éluider l'application des droits nationaux en faveur d'un recours exclusif et systématique à ce droit spécial et optionnel. La complexité des montages juridiques inhérente aux opérations économiques transfrontalières semble peu encline à se satisfaire d'un droit unique. Au contraire, la pluralité des régimes juridiques permet davantage les constructions juridiques complexes recherchées pour ce type de contrat.

Dans ce contexte, la force contraignante du texte exerce une influence sur le champ d'application du droit européen qu'il contient. En effet, si le parti est pris de consacrer un droit dont la mise en œuvre est assortie d'une force de contrainte, le champ d'application sera indéniablement limité aux contrats conclus entre les professionnels de l'Union. Il en résulterait que le droit auquel sera soumise la convention, dont le caractère transfrontalier est limité à l'Union⁶⁴, sera plus contraignant en présence de professionnels ressortissants de l'Union que lorsque sont en présence des professionnels non ressortissants de l'Union. Si le choix de l'Union se porte davantage en faveur d'un droit optionnel, ainsi qu'elle l'envisage initialement dans sa proposition de règlement sur un droit européen des contrats, le régime proposé n'aura d'autre effet que d'ajouter un régime supplémentaire dont l'unique avantage sera de présenter une lecture commune d'un droit des contrats, voire, un rapprochement progressif des législations⁶⁵.

Au-delà des textes internationaux établissant un régime spécial relatif au droit des contrats, les litiges éventuels naissant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat sont régis par les règles de conflits de loi. Les règles de droit international privé applicables en matière contractuelle permettent la désignation de la règle à laquelle une convention laissant apparaître des éléments d'extranéité sera soumise. Le règlement « Rome I » permet au sein de l'Union de régir les conflits de loi et de désigner un régime applicable en matière contractuelle. Or, le droit européen des contrats ne pourra être désigné par la règle de conflit seulement si son intensité normative dépasse le caractère optionnel.

La pertinence d'un droit européen des contrats applicable aux opérations économiques transfrontalières apparaît discutable dès lors qu'il se présente comme un droit optionnel s'ajoutant aux autres droits potentiellement applicables. L'absence de force contraignante réduit son effectivité et noie le régime commun parmi les autres droits nationaux et internationaux en vigueur. Son efficacité ne se saisit que par le choix des parties de s'y soumettre, ce qui ne participe pas à la réduction des disparités entre les législations des États membres.

Indépendamment de son contenu, le droit européen des contrats ne saurait révéler une forme d'originalité que par l'apport d'un élément supplémentaire

64 La définition des éléments d'extranéité déterminant le caractère transfrontalier du contrat soumis au droit européen devra être précisée par la Commission.

65 S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON, « Chronique de droit des contrats », *D.* 2011, p. 472.

novateur le distinguant des autres régimes, et que pourrait constituer la force de contrainte par laquelle il aurait vocation à assurer son efficacité⁶⁶.

En raison de la faiblesse de la force avec laquelle il entend s'imposer et de la préexistence des dispositions spéciales, le droit européen envisagé semble remplir d'autres fonctions que la seule harmonisation des droits, et son élaboration pourrait poursuivre des objectifs distincts. Le rétablissement du jeu de la concurrence sur le marché européen paraît davantage être la préoccupation des institutions de l'Union. La législation sur le droit de la consommation devient ainsi un moyen au service de la réalisation du marché. Pourtant, si les justifications tenant dans les règles de concurrence emportent la conviction, il convient de tenir compte des ambitions de l'Union qui tendent à dépasser la simple politique économique. La perspective d'une Union fédérale, assurant la concurrence et la compétitivité de l'Union sur le marché mondial, apparaît comme l'objectif recherché par l'adoption d'un droit européen des contrats.

IV - L'instrumentalisation du droit européen des contrats pour la réalisation des objectifs de l'Union

Sous couvert de la protection des consommateurs, inscrite parmi ses objectifs, l'Union tend à instaurer des dispositions régissant la concurrence entre les professionnels des États membres. L'augmentation et la valorisation des échanges transfrontaliers impliquent une législation unique accordant aux consommateurs un degré de protection identique. Ainsi, le droit européen des contrats, dont l'Europe fait la promotion, ayant vocation à renforcer ces objectifs, s'inscrit plus globalement dans la perspective de réalisation de la politique économique de l'Union (A). Pourtant, au regard de la législation préexistante et contraignante du droit de la consommation, le but d'un régime général du contrat est à rechercher au-delà de la simple protection du consommateur. Le régime commun des contrats en Europe semble dépasser les perspectives exclusivement économiques du marché. Ce droit unique semble nourrir les ambitions de l'Union orientées vers une Europe non seulement économique, mais également sociale et juridique (B).

A) L'instrumentalisation du droit européen des contrats en faveur du rétablissement des règles de concurrence : l'objectif de réalisation du marché

Par l'élaboration d'un droit européen des contrats, l'Union assure la protection du consommateur et facilite l'établissement des échanges. Les dispositions générales communes ont pour but de restaurer une cohérence dans cette législation disparate nécessaire au libre jeu de la concurrence, l'objectif étant

66 J. ROCHFELD, « L'eupéanisation des sources du droit des contrats... », précité, « La logique du choix de cette méthode étant de réduire au maximum les disparités de législation entre les États, il faut pour la respecter adopter une conception ample du champ d'application de la contrainte. En conséquence, il ne suffit pas de dire que la contrainte est forte, il convient également de l'étendre à l'ensemble d'un pan juridique, de façon à rendre ce dernier tout « européen » et exempt des nécessités de recourir aux règles nationales. Il faut donc associer harmonisation totale et harmonisation complète, au sens de la recherche d'un acte normatif qui présente un contenu « concret et parfait » ne nécessitant aucune précision ».

de réaliser et de maintenir le marché intérieur. Assurer la concurrence entre les États relève des priorités majeures de l'Union. Les acteurs professionnels doivent ainsi être soumis à des traitements juridiques identiques. La législation applicable à la protection de la partie considérée comme la plus faible relève d'un domaine sous-jacent au droit de la concurrence nécessaire au fonctionnement de ce même marché⁶⁷. Partant, c'est en fonction des intérêts du marché que s'élabore le droit de la consommation : la réalisation du premier implique la protection du consommateur et du professionnel en situation de faiblesse, le cas échéant. Les contraintes liées à la protection des consommateurs et auxquelles sont soumis les professionnels ne sauraient être plus fortes d'un État à l'autre.

Les influences du droit de la consommation sur le jeu de la concurrence se manifestent par le coût qu'elles engendrent et que la législation européenne – mais interne également – fait reposer sur les professionnels. Ce coût de la protection des consommateurs se traduit, notamment, par la nécessité de prestations juridiques importantes pour les entreprises⁶⁸, par des sanctions civiles⁶⁹, voire pénales⁷⁰. L'existence de disparités dans les législations a pour effet de créer à la fois une insécurité juridique⁷¹, particulièrement quant à la loi applicable au contrat, mais elle constitue également pour les professionnels un coût supplémentaire⁷² : l'élaboration d'un contrat en fonction de l'État d'origine du client implique une multiplication des interventions juridiques particulièrement onéreuses pour les petites et moyennes entreprises.

Ainsi, la priorité accordée par l'Union au libre jeu de la concurrence implique que soit assurée une législation relative à la protection des consommateurs et aux pratiques déloyales uniforme dans les États-membres : les pratiques déloyales utilisées par des professionnels à l'égard des consommateurs et entre professionnels supposent non seulement une réglementation unique mais en outre des sanctions identiques.

67 A. MALAN, « Le champ d'application dans l'espace des dispositions de la LME en matière de pratiques restrictives de concurrence. - Quelques observations sur une position récente de la DGCCRF », *Cont. Conc. Cons.* n°3, mars 2010, étude 4, « La difficulté à affranchir le droit des pratiques restrictives du droit de la concurrence tient à l'héritage historique de cette branche du droit : la protection des opérateurs économiques en situation de faiblesse, comme celle d'ailleurs des consommateurs, a été historiquement envisagée uniquement sous l'angle du droit de la concurrence, l'idée étant qu'une concurrence saine et équilibrée devait suffire à assurer cette protection. Cette branche du droit a par la suite progressivement pris son autonomie ».

68 Directive européenne 93/ 13/CEE du 5 avril 1993 applicable en matière de clauses abusives, Directive 2008/48/CE applicable en matière de contrats de crédit à la consommation.

69 Directive 85/374/CE du 25 juillet 1985 applicable en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

70 Directive Européenne 2005/29 applicable en matière de pratiques commerciales déloyales.

71 M. LUBY, « La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales... », précité, « Cette disparité (des lois) induit une insécurité juridique qui incite les entreprises et les consommateurs à se replier sur le marché national, freinant la réalisation du marché intérieur. Les consommateurs de l'Union font preuve d'une confiance nettement moindre à l'égard des achats transfrontaliers par rapport aux achats effectués dans leur pays. Et, les entreprises, victimes de distorsions de concurrence et de coût accrus vu la diversité des contraintes nationales sont réticentes à voir des activités transfrontalières de marketing et de vente ».

72 J. ROCHFELD, *ibid.*

Partant, la multiplication des dispositions adoptées en matière de protection des consommateurs par les directives européennes successives a eu pour effet de brouiller l'état du droit positif européen de la consommation⁷³. L'établissement d'une vue d'ensemble devrait avoir pour effet de restaurer une lisibilité des contraintes juridiques s'imposant aux professionnels de sorte que, chacun d'eux ayant une connaissance éclairée de ses obligations, puisse s'engager davantage.

Favoriser les échanges sur le marché européen implique également que les consommateurs acquièrent la confiance⁷⁴ nécessaire envers les professionnels des États membres afin d'être en mesure de conclure, sans crainte, des contrats transfrontaliers. Ainsi, la législation commune européenne de protection du consommateur tend à mettre un terme à toute méfiance à l'égard des professionnels⁷⁵ issus d'un État européen distinct et du droit étranger auquel le contrat est soumis. L'idée de confiance des consommateurs traduit la nécessité de présenter au consommateur une sécurité dans les transactions transfrontalières par l'élaboration d'un droit dont il est en mesure de saisir le sens et d'obtenir des garanties de réalisation de l'opération. Le besoin de rassurer le consommateur se révèle davantage encore depuis le développement de l'e-commerce. Le caractère virtuel de la transaction, de son paiement, du contact non-physique avec le professionnel participent à déstabiliser le consommateur, voire à le dissuader de poursuivre l'opération. L'ignorance du droit applicable à la transaction renforce le sentiment de l'insécurité. Les garanties offertes par le droit européen ont ainsi pour fonction de palier ce type de carences : si le renforcement de la protection du consommateur engendre un coût important pour le professionnel, la multiplication des transactions formées par contrat que permet cette protection favorise le bon fonctionnement du marché.

En somme, la législation européenne de protection du consommateur relève moins d'un ordre public européen de protection que d'une stratégie économique⁷⁶ destinée à alimenter le marché par l'augmentation des transactions impliquant les consommateurs.

Les dispositions européennes s'imposant à ces mêmes professionnels supposent, en outre, une articulation avec les règles nationales de protection du consommateur. La perceptibilité d'ensemble du droit de la consommation,

73 G. PAISANT, *op. cit.*

74 M. LUBY, «La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales...», précité; J. ROCHFELD, «De la confiance du consommateur ou du basculement d'un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché», *LPA* 16 février 2009, n°33, p. 7; *ibid.*, S. ROBIN-OLIVIER, «Confiance, construction du marché intérieur et harmonisation du droit de la consommation», *LPA*, février 2009, p. 11.

75 Livre vert de la Commission du 8 février 2007, dont l'objectif est d'obtenir le «renforcement de la confiance dans le marché intérieur par la garantie d'un haut niveau de protection dans toute l'Union européenne»; V. J. ROCHFELD, «De la confiance du consommateur ou du basculement d'un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché», *op. cit.*

76 J. ROCHFELD, «Du statut du droit contractuel «de protection de la partie faible» : les interférences du droit des contrats, du droit du marché, et des droits de l'homme», *Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, éd. LGDJ-Lextenso 2008, p. 835; S. ROBIN-OLIVIER, «Confiance, construction du marché intérieur et harmonisation du droit de la consommation», précité.

nécessaire à préserver et à assurer la concurrence, a ainsi mené la Commission à entreprendre l'élaboration d'un corps de règles commun propres aux consommateurs⁷⁷, puis d'un dispositif plus général tenant compte des acquis communautaires. Si le premier objectif s'entendait de l'établissement d'une cohérence parmi les dispositions déjà en vigueur, celui-ci avait toutefois pour effet de réduire la protection accordée aux consommateurs tant au regard de certaines dispositions communautaires existantes que des dispositions nationales⁷⁸. Destiné à s'imposer aux États par la force contraignante des directives européennes, ce droit commun s'adressant aux consommateurs est, pour cette raison, accueilli avec une certaine méfiance. Les concessions relatives à la protection de la partie faible sont justifiées par des intérêts liés au marché⁷⁹. Ce droit ne bénéficie pas d'une existence autonome. En effet, il a vocation à perdre son indépendance dès lors qu'il s'inscrit dans le contexte plus global du marché soumis à un droit régissant les relations économiques⁸⁰ majoritairement réalisées par le contrat. L'insuffisance de la protection des consommateurs marque un frein aux échanges ; et inversement, l'excès de réglementation en cette matière constitue un obstacle à la libre circulation des marchandises et aux opérations transnationales de manière plus générale. La réalisation et le maintien du marché s'inscrivent entre ces deux considérations : la maîtrise des intérêts doit ainsi appartenir à l'Union.

La législation applicable en la matière ne saurait alors s'imposer que par un droit d'une intensité suffisamment contraignante, échappant aux contrôles des législateurs internes ou des parties au contrat. Les objectifs de l'Union ne peuvent être atteints que par une harmonisation totale.

Dans cette acception, le droit européen des contrats – optionnel – ne trouve sa place que s'il est intégré dans le droit, spécial, de la consommation. La prise en compte du droit des contrats dans le droit de la consommation ne semble pas être une entreprise incohérente : le droit de la consommation se réalise, en effet, par le droit des contrats. L'instrumentalisation du droit de la consommation implique inévitablement une instrumentalisation du droit des contrats. Ainsi, ce droit européen des contrats ne saurait répondre aux exigences du marché que s'il est assorti d'une force contraignante identique au moins à celle qui assortit le régime actuel de la consommation.

77 V. La Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens – Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm (COM(2010)0171 final).

78 J. ROCHFELD, « L'actualité des sources du droit des contrats. - L'état des lieux des discussions relatives à la proposition de directive-cadre sur les droits du consommateur du 8 octobre 2008 », *RDC* 2009/3, p. 981 ; G. PAISANT, *ibid.*

79 Ainsi la Commission précise que le fondement juridique d'adoption de la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales repose sur l'article 95 du Traité UE ; V. M. LUBY, « La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales... », précité ; J. ROCHFELD, « L'actualité des sources du droit des contrats, ... » précité.

80 L-F. PIGNARRE, « Méthode d'harmonisation en vue de la réalisation du marché intérieur », *RLDC* 2011/84, p. 69.

Le droit européen des contrats apparaît incontestablement comme un moyen essentiel et inévitable à la poursuite du marché commun.

Or, si le projet législatif spécial de protection du consommateur en Europe peut révéler des imperfections, la perspective d'un renforcement de cette protection par l'adoption de dispositions communes applicables au régime général du contrat optionnel semble moins convaincant encore. L'efficacité du droit européen des contrats applicables aux opérations économiques liant les consommateurs aux professionnels, ou les professionnels entre eux, doit être relativisée dans la mesure où ce droit général et commun aux États-membres intervient *a posteriori* des dispositions spéciales.

La complémentarité du droit général et du droit spécial⁸¹ doit pourtant être soulignée : l'articulation d'un régime général et du régime spécial offre une lisibilité cohérente de la matière. Face aux nombreuses directives spéciales, le régime général européen présenterait les bases communes des dispositions préexistantes et des dispositions futures. Pour autant, il ne semble pas que la préexistence d'un régime général du contrat soit un préalable essentiel en tant que tel à l'efficacité du droit spécial.

En effet, les principes généraux communs trouvent leurs inspirations dans les dispositions spéciales élaborées en amont. Plus que de convergences ou de divergences entre le général et spécial, il est davantage question d'interactions et d'influences réciproques des concepts⁸². En revanche, si ce régime général offre plus de lisibilité en matière contractuelle, son efficacité pratique semble, toutefois, discutable. Les cas pour lesquels le régime général peut être invoqué en préférence aux dispositions plus spécifiques seront plus rares : le droit spécial reprenant pour lui le régime général dans un premier temps et ce même régime spécial dérogeant au régime général dans un second temps. La majorité des contrats conclus sont des contrats de consommation, le régime spécial a alors vocation à s'appliquer plus fréquemment que le régime général. En cela, le jeu de concurrence et le marché commun ne sauraient être plus aboutis par ce régime général commun optionnel.

L'autre difficulté que rencontre l'harmonisation du droit des contrats réside dans l'absence de prise en compte par le droit européen du droit applicable aux effets du contrat liés à son exécution et son contexte juridique. En effet, l'adoption des dispositions communes applicables à la matière ne saurait être envisagée indépendamment des règles qui entourent le contrat en lui-même mais également des obligations qu'il fait naître. Une harmonisation isolée du droit des contrats ferait rapidement apparaître une impression d'inachevé : le contrat est au service d'une opération économique plus globale impliquant la prise en compte d'autres règles, notamment le régime de la prescription ou le régime applicable aux accessoires de la créance. Une fois le contrat valablement conclu et les obligations nées de ce dernier, le régime de l'exécution devrait lui aussi relever d'un droit

81 G. PIGNARRE, « Les personnes et les opérations visées par l'instrument (relation entre consommateurs et entrepreneurs) », *RLDC* 2011/84, p. 83.

82 M. CANNARSA, « La réforme des pratiques commerciales déloyales par la loi Chatel. Le droit commun à la rencontre du droit de la consommation », *JCP G* 2008, I, 180.

commun. Le droit patrimonial ne saurait pas plus échapper à la nécessité d'une lecture commune.

En effet, l'harmonisation du droit des contrats ne peut être limitée à leurs conditions de validité et à leur conclusion. Partant, cette entreprise invite à penser que les projets à venir s'articulent autour d'une lecture commune qui ne soit plus réservée au droit des contrats mais étendue à nombre de matières du droit civil liées au contrat. Dans cette acception, il est moins probable qu'il entre dans la compétence de l'Union. La réalisation du marché intérieur pourrait toutefois être soulevée comme le fondement justifiant la réalisation d'une éventuelle harmonisation à l'instar du projet actuel.

B) L'instrumentalisation du droit européen des contrats en faveur du dépassement de l'objectif de réalisation du marché

L'efficacité d'un droit européen des contrats sans contrainte, voire, doté de cette force, succédant aux dispositions spéciales édictées par les directives en vigueur dans les États-membres, laisse apparaître un autre projet, distinct et plus ambitieux de dépassement du marché intérieur. Serait-ce finalement par l'adoption d'un droit européen des contrats appelant un droit civil européen que l'Union entreprendrait d'étendre son domaine de compétence aux fins de parvenir subrepticement à une harmonisation de plus en plus généralisée du droit entre les États-membres ? Sous couvert d'un marché intérieur, les règles communes auront peu à peu vocation à recouvrir des matières échappant à son domaine d'intervention.

L'adoption de la charte de droits de l'Homme intégrée aux textes de l'Union Européenne, les projets d'harmonisation du droit de la famille⁸³, échappant incontestablement à la réalisation du marché, constituent des indices d'extension de la législation européenne au-delà des perspectives initiales du marché commun.

Si le motif de concurrence joue encore un rôle dans ces projets de droit commun, il convient de le déplacer à l'échelle mondiale et non européenne. Par l'abandon progressif des harmonisations sectorielles successives, les projets législatifs de l'Union semblent s'inscrire dans le dépassement d'une politique économique et de réalisation d'un marché commun en faveur de l'adoption d'une politique juridique étendue laissant soupçonner la perspective d'une Union fédérale.

83 Il convient de préciser à cet égard que les compétences de l'Union tendent à s'élargir au droit de la famille, à travers notamment le Règlement « Bruxelles II » ; également des travaux pour un projet de droit européen de la famille, Colloque d'Utrecht 11 et 14 décembre 2002, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of family law in Europe*, RIDP 2002/3, p. 838.

TROISIÈME PARTIE :
L'ÉTENDUE D'UN DROIT EUROPÉEN À CONSTRUIRE

UN CODE EUROPÉEN DES OBLIGATIONS?

JOHANN LE BOURG

«Pour découvrir les meilleures règles de sociétés qui conviennent aux nations, il faudrait une intelligence supérieure qui vît toutes les passions des hommes, et qui n'en éprouvât aucune; qui n'eût aucun rapport avec notre nature, et qui la connût à fond, dont le bonheur fût indépendant de nous, et qui pourtant voulu bien s'occuper du nôtre; enfin, qui, dans le progrès des temps se ménageant une gloire éloignée, pût travailler dans un siècle et jouir dans un autre».

J.-J. Rousseau, *Du contrat social ou principes du droit politique*¹.

La création d'un instrument de droit européen des contrats – voire des obligations – suscite, comme tout projet, des hésitations et nombre d'interrogations méritent d'être posées. Pour autant, le débat se cristallise, en règle générale, autour de l'opportunité d'une telle construction voire des compétences de l'Union en la matière. Nous avons donc pris le parti de laisser ces questions à des plumes plus expertes pour nous consacrer à deux problèmes liés mais rarement abordés. L'idée est tout d'abord de se demander si, d'un point de vue purement théorique, la démarche menant à l'adoption d'un tel instrument répond aux canons de la procédure de codification. Autrement dit, est-il envisageable de parler d'un Code européen? Ensuite nous proposons de nous interroger sur les matières devant composer ce *corpus*. Souvent, les propositions se limitent au seul droit commun du contrat. Or, une réduction à outrance des règles composant l'instrument risquerait d'en compromettre l'attractivité. C'est donc semble-t-il plutôt vers un droit des contrats, compris dans un sens particulièrement large qu'il conviendrait de s'orienter.

Le rejet d'une approche purement sectorielle. «Vous voulez avoir de bonnes lois? Brûlez les vôtres et faites-en de nouvelles»². Avant d'aborder le fond du problème, une précision doit être, d'emblée, apportée. La présente contribution

1 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Marc-Michel Rey, 1762, p. 92.

2 VOLTAIRE, *Dictionnaire Philosophique* V^o Lois, in *Œuvres complètes*, T. 41, imprimerie de la société littéraire typographique, 1784, p. 463.

part d'une hypothèse (une utopie³) : celle dans laquelle les différentes conditions juridiques et les différentes volontés politiques s'accorderaient sur la création d'un instrument de droit européen des contrats⁴. Partant, dans l'objectif d'unifier le droit des contrats, la méthode tendant à harmoniser les différentes législations par le biais de directives sectorielles ne semble être la voie à explorer. L'accumulation des directives, relatives à l'harmonisation de domaines spécifiques du droit des obligations est souvent source d'incohérences, voire de contrariétés⁵. Ainsi, par exemple, dans une communication au Parlement européen et au Conseil⁶, la Commission pouvait relever que les façons de traiter le droit de rétractation variaient quant au délai, mais également quant aux modalités de calcul, d'une directive à l'autre⁷. De même, il a pu être démontré que la combinaison de différentes directives – notamment celle sur les contrats conclus à distance et sur le commerce électronique – obligerait les banquiers à quarante obligations d'information⁸. Enfin, bien qu'agissant sur un autre plan, celui des classifications, l'approche sectorielle peine à permettre de dégager des catégories de contrats, pourtant indispensables à un droit des contrats unifié. En attestent avec force les difficultés du Droit de l'Union à définir la notion de fourniture de services⁹.

3 V. J.-C. PIRIS, « La codification et le droit communautaire, Le rayonnement du droit codifié », *Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil*, journée du 25 novembre 2004, Vol. 1, Les éditions des journaux officiels, p. 68, qui en 2004 affirmait que « dans la pratique communautaire, l'exercice de ce que nous appelons [...] « codification » est moins ambitieux : il s'agit seulement d'intégrer de façon verticale, dans un texte unique, un seul acte de base et ses modifications. Nous n'avons qu'un seul code au niveau de l'Union européenne, le Code des douanes, et aucun autre n'est en projet : la législation européenne n'a en effet nullement pour but de couvrir l'ensemble d'une matière, comme le font les législations nationales » (nous soulignons).

4 À l'heure actuelle ces conditions ne semblent d'ailleurs pas remplies, en ce sens, V. Ph. Malinvaud, « Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *D.* 2002, p. 2542 et s. ; *Contra*, S. NADAUD, *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*, Thèse Limoges, 2007, n°296 et s.

5 Rappr. F. PORTALIS, *Essai sur l'utilité de la codification*, rééd. in *Discours et rapports sur le Code civil*, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, PUC, 2010, p. 12, « lorsque les progrès ont accru les besoins, diversifié les transactions et multiplié les intérêts, il arrive toujours un moment chez une nation, où le grand nombre de lois rendues pour y satisfaire ne présente plus qu'un inextricable labyrinthe, où l'esprit du juge s'égare au milieu d'un nombre infini de dispositions en désordre, souvent opposées entre elles ».

6 JOCE, 15 mars 2003, C63, spéc. §16 et s.

7 Sont ici visés la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, la Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et la Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.

8 En ce sens, V. M.-E. ANCEL, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques », *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, sous la direction de G. PIGNARRE, Dalloz, thèmes et commentaires, 2005, p. 140.

9 Sur laquelle V. not. P. BERLIOZ, « La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b du règlement Bruxelles I », *Journal du Droit International (Clunet)* 2008, n°3, p. 675 et s. ; G. CAVALIER, « La notion de fourniture de services au sens de Bruxelles I », *RLDA* 2009, n°39, p. 57.

Il apparaît en effet que si l'article 5-1 b. du règlement du Conseil de l'Union européenne du 22 décembre 2000¹⁰ oppose la fourniture de services à la vente de marchandises¹¹ l'articulation des points a)¹² et c)¹³ de cet article démontre que tous les contrats ne sont pas susceptibles de rentrer dans ces catégories¹⁴. Ainsi certains arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne et notamment celui rendu le 23 avril 2009¹⁵ semblent admettre – à demi-mot – l'existence d'une troisième voie. Affirmant qu'« *un contrat, par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle concède à son cocontractant le droit de l'exploiter en contrepartie du versement d'une rémunération, ne relève pas des contrats de fourniture de services, au sens de l'article 5, point 1, sous b)* », la Cour exclut le rattachement des contrats emportant seulement la cession de la libre exploitation d'un droit¹⁶ à la fourniture de services, sans pour autant que ces derniers puissent être analysés comme des ventes. Empêchant la mise en lumière de catégories de contrats aux frontières nettement définies, l'harmonisation par « touches » ne semble donc pouvoir être retenue. En résumé, comme le note un auteur, l'approche sectorielle « *produit comme effet secondaire le risque de contradictions d'une directive à l'autre, d'un défaut d'harmonie et de différences inexplicables entre des régimes répondant à des objectifs communs* »¹⁷.

Autant source d'ordre que désordre, cette approche « *procédant sans esprit de système* »¹⁸, ne saurait être retenue pour fonder un droit des contrats uni et cohérent. Ce n'est donc pas par touches qu'il convient d'organiser le droit des contrats, bien au contraire, seul un instrument doté d'un champ d'application matériel suffisamment large semble en mesure de répondre de façon satisfaisante à une telle attente.

10 Règlement CE n°44/2001 Concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

11 Art. 5-1 b) : « *aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est : - pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées, - pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis* » ; Rappr. art. 50 du Traité instituant la communauté européenne : « *au sens du présent traité, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes* ».

12 Art. 5-1 a) : « *en matière contractuelle [une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite] devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée* ».

13 Art. 5-1 c) : « *le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas* ».

14 En ce sens, V. P. BERLIOZ, « La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b du règlement Bruxelles I », *Journal du Droit International (Clunet)* 2008, n°3, p. 675 et s., spéc. n°5 et 6.

15 CJUE, 23 avril 2009, aff. C-533/07, Europe juin 2009, comm. 263, note L. IDOT ; *RLDA* 2009, n°39, p. 57 et s., comm. G. CAVALIER ; *JCP* 2009, n°31-35, p. 46, n°9, obs. P.-Y. ARDOY ; *RDC* 2009, p. 1558, comm. É. TREPPOZ.

16 CJUE, 23 avril 2009, préc., point n°31.

17 C. AUBERT DE VINCELLES, « La recherche d'une cohérence en droit européen », *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe – quelles perspectives pour quel équilibre?*, G. WICKER (dir.), Litec, colloques et débats, 2008, p. 10.

18 M.-E. ANCEL, *op. cit.*, p. 139.

La création d'un Code de droit européen? Le principe d'un Code européen fait figure d'épouvantail. Nombreux sont les auteurs s'indignant à l'idée que l'Europe puisse un jour se doter d'un tel instrument¹⁹. La Commission elle-même ne semble plus si favorable que cela à une telle création et a, depuis quelques années, réorienté le débat vers la création, non plus d'un véritable Code, mais plutôt d'un Cadre commun de référence. La terminologie est peut-être moins invasive et heurte sûrement moins les sensibilités mais la différence est-elle véritablement d'importance? Rien n'est moins sûr... Ainsi par exemple le Projet de cadre commun de référence (DCFR) proposé par le groupe dirigé par C. von Bar, a tous les apparats d'un véritable projet de Code civil... Une différence semble malgré tout particulièrement marquante et pourrait, d'ailleurs, permettre de tarir la controverse sur l'opportunité de l'instauration d'un tel instrument. Les pourfendeurs de la codification au niveau européen affirment en règle générale qu'un code est le fruit d'une histoire, d'une tradition, qu'il est adapté à une société... l'on ne peut, sur ce point leur donner tort. Néanmoins, il n'est guère question, à l'heure actuelle de substituer aux différents droits nationaux un corps de règles nouveau, mais de proposer aux contractants, essentiellement dans le cadre des contrats transfrontaliers, un instrument auxquels ils pourraient choisir de soumettre leur convention²⁰. Cet instrument serait donc optionnel, et n'aurait pas vocation à remplacer les droits nationaux dans les relations purement internes. Cette absence de véritable force normative est-elle de nature à retirer à l'instrument sa qualification de Code? Cela n'est pas évident. Il apparaît, en effet, que si un Code constitue bien un «recueil» de textes, il est avant tout le résultat d'un processus – la codification – tendant à réunir de façon systématique un certain nombre de règles unies par un objet commun. Son caractère imposé ou optionnel n'a guère d'influence sur sa dénomination; c'est donc plus par son objet que par sa force qu'un instrument mérite la qualification de Code. Partant plusieurs questions se posent. Tout d'abord, l'on peut se demander si l'Europe peut, d'un point de vue théorique, se doter d'un véritable Code. Le problème est donc de savoir si le matériau nécessaire au processus de codification est, à l'heure actuelle, suffisant en vue de créer un tel instrument. Ensuite, dans l'hypothèse où cette entreprise serait réalisable, l'on peut s'interroger sur les dispositions susceptibles d'intégrer cet instrument. Partant, avant de pouvoir déterminer le champ d'application matériel de l'instrument (II), c'est sur sa nature profonde qu'il convient de se pencher (I).

19 V. par ex. G. CORNU, «Un Code civil n'est pas un instrument communautaire», *D.* 2002, p. 351; Y. LEQUETTE, «Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar», *D.* 2002, p. 2202.

20 Sur ce point V. not. J.-S. BERGÉ, «L'hypothèse d'un 28^e droit européen des contrats», *RDC* 2010, n°4, p. 1401; B. FAUVARQUE-COSSON, «Droit européen des contrats: bilan et perspectives pour la prochaine décennie», *RDC* 2010, p. 316.

I - Le choix d'un contenant: la réalisation du code

Il est indéniable que l'emploi du terme Code ne recouvre pas toujours la même réalité²¹. Comme peut le relever un auteur, « *on parle du Code d'Hammourabi, du Code de Justinien, du Code civil. Rien de commun entre ces trois « Codes », ni l'époque, ni la langue, ni la présentation des textes, ni leur objet* »²². Pourtant, un trait commun uni ces différents types de codes: le fait qu'ils tirent nécessairement leur essence du droit en vigueur lors de leur création. Or ce matériau indispensable à toute codification semble, à première vue, faire défaut dans le processus de création d'un Code européen des contrats ou des obligations: l'idée même d'un Code européen devrait alors être abandonnée (A). Pour autant, en ne cédant pas à une conception trop matérialiste de ce qu'est le droit existant, et en en retenant une approche plus théorique, basée pour l'essentiel sur les travaux de la doctrine, l'entreprise redevient tout à fait envisageable (B).

A) L'apparence: l'inexistence du matériau

L'inadaptation des modèles traditionnels au Code européen. Tout d'abord, un Code peut être une compilation, dont la visée est plus pédagogique et didactique qu'unificatrice. L'objectif n'est alors pas de créer un droit nouveau mais uniquement d'ordonner des textes épars sans en modifier la substance²³. L'assimilation de la compilation à un code est plus que douteuse²⁴, la première n'étant, en règle générale qu'une « *mise en ordre de la matière juridique sans toucher au contenu* »²⁵. Cette option doit être écartée. Appliquée au droit européen des contrats ou des obligations, une telle méthode ne saurait satisfaire. Elle ne consisterait, en réalité, qu'en une organisation des différents règlements et directives existants, ayant trait, de près ou de loin au droit des contrats. Leur absence d'esprit de système²⁶, compromettrait, semble-t-il l'efficacité et l'attractivité de la compilation.

Un autre type de « Code » a pour fonction la consolidation²⁷, qui consiste à « *fondre dans un seul acte normatif deux ou plusieurs règlements régissant un domaine déterminé des rapports sociaux* »²⁸. Ici encore, appliquée au droit européen des obligations, la méthode ne séduit guère. Pour mener à bien une entreprise de

21 Pour une analyse historique et l'évolution de la notion de « Code », V. F. ZÉNATI, « Les notions de code et de codification (contribution à la définition du droit écrit) », *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 217 et s.; Adde, not. R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, 2002, p. 55 et s.; B. OPPETIT, « De la codification », *La codification*, B. Beignier (dir.), Dalloz, 1996, p. 7 et s.

22 J. GAUDEMET, « Codes, collections, compilations, les leçons de l'histoire, de Gregorius à Jean Chappuis », *Droits*, n°24, *la codification*, p. 3.

23 B. OPPETIT, préc., p. 15.

24 V. par ex. G. BRAIBANT, « La problématique de la codification », *Faut-il codifier le droit? Expériences comparées*, *Revue française d'administration publique*, n°82, 1997, p. 166, « *codifier ce n'est pas compiler ou empiler; ce n'est pas mettre bout à bout des textes dans un ordre quelconque [...]* ».

25 *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1993, V° *Codification*, n°5.

26 V. *Supra*.

27 B. OPPETIT, *op. et loc. cit.*

28 *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, V° *Codification*, n°6.

consolidation, le domaine étudié doit, au préalable, être suffisamment fourni. Or, en la matière, le socle indispensable n'existe pas véritablement.

Enfin, un dernier type de code – sûrement le plus abouti – et dont l'exemple le plus topique est, du moins pour le juriste français, le Code civil de 1804, « *intègre dans un ensemble unitaire un corpus de règles anciennes et [un] apport de règles nouvelles exprimant les principes d'organisation de la nouvelle société* »²⁹. Une analyse rapide des mérites d'un tel instrument pourrait conduire à affirmer que si l'Union Européenne devait se doter d'un instrument tendant à l'unification du droit des contrats, c'est ce type de code qui devrait guider sa démarche.

Codifier l'acquis? L'idée pourrait alors être suggérée de « codifier l'acquis communautaire », ce dernier étant issu pour une grande partie des traités constitutifs, du droit dérivé et de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Celui-ci est actuellement mis en lumière et révélé par le « groupe de recherche sur le droit privé communautaire en vigueur »³⁰. Les mérites du travail fourni sont indéniables. Partant d'une multitude de dispositions spécifiques à tel ou tel contrat spécial, le groupe a tenté de découvrir un socle commun, réduit en principe³¹. Fondant, en quelque sorte, un droit commun du contrat européen. La méthode ici utilisée par le « Groupe Acquis » est sûrement la plus proche des codifications contemporaines en ce qu'elle part d'un droit qui, bien qu'étant sectoriel, existe et est appliqué dans les États membres de l'Union. Pour autant, contrairement à la technique traditionnelle de codification, les règles desquelles le Groupe Acquis a pu tirer les principes, n'ont pas la vocation générale de celles fondant une codification. Bien au contraire, elles répondent à une conception particulière du contrat, empreinte de consumérisme, issant la protection de la partie faible au rang de véritable principe directeur³². Pour louable et compréhensible que soit cette « *philosophie* »³³ des principes, lorsque le contrat uni notamment un professionnel et un consommateur³⁴, elle n'est pas nécessairement la plus adaptée à un Code des contrats ou des obligations européen, ayant un champ d'application plus large. De

29 B. OPPETIT, *op. et loc. cit.*

30 Research Group on the Existing EC Private Law, *Contract. I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Sellier 2007 ; et *Contract II, general provisions, delivery of goods, package travel and payment services*, Sellier 2009 ; V. la traduction française des principes issus de la première partie des travaux, C. AUBERT de VINCELLES et J. ROCHFELD, « Présentation et version française de l'Acquis communautaire », *RDC* 2008, p. 171 et s. La seconde partie des travaux du groupe acquis ne fait pas encore l'objet d'une traduction française.

31 Sur l'exposé de la méthode, V. C. AUBERT de VINCELLES, « La recherche d'une cohérence en droit européen », *préc.*, spéc. p. 10 et s.

32 En ce sens, V. R. SCHULZE, « Des principes de la conclusion du contrat dans l'acquis communautaire », *RIDC* 2005, spéc. p. 883 et s., qui démontre que le principe de protection de la partie structurellement la plus faible, ne se limite pas dans son champ d'application au consommateur mais permet également le développement d'un « *cadre favorable au développement des petites et moyennes entreprises [...] ou encore la protection des employés* ».

33 Selon l'expression de C. AUBERT de VINCELLES, *préc.*, p. 14.

34 Ces notions sont d'ailleurs définies par les articles 1.201 et 1. 202 des principes. La notion de consommateur doit s'entendre de « *toute personne physique qui agit principalement à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle* », celle de professionnel désignant « *toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit à des fins en rapport avec son activité* ».

la même façon le caractère incomplet des principes de l'Acquis pourrait être un obstacle dirimant à leur érection en code ou en instrument de référence. Pour se limiter aux seuls principes de la conclusion du contrat, deux lacunes principales peuvent être relevées : l'absence d'encadrement du processus de formation du contrat³⁵, et l'absence de disposition relative à la qualité du consentement. Si ces lacunes peuvent se comprendre en ce qu'elles sont la conséquence du fait que « *le procédé d'induction est inefficace à partir de l'inexistant* »³⁶, elles constituent semble-t-il la principale faiblesse du texte. Il n'apparaît pas souhaitable, même dans un instrument se limitant au droit de la consommation, de ne pas aborder les vices du consentement, ni les notions et régimes de l'offre et des différents avant-contrats³⁷. En résumé, si l'Acquis communautaire peut servir de base à un Code européen de la consommation, il paraît trop spécifique et parfois trop lacunaire dans la perspective d'une production d'un instrument plus général³⁸. Des techniques traditionnelles de codification, aucune ne semble donc correspondre à la démarche nécessaire en vue d'une création d'un droit européen des contrats.

B) La réalité : la possibilité d'une codification

Un Code aux origines purement doctrinales? D'un point de vue purement méthodologique l'idée de créer un Code européen des contrats pourrait, en elle-même, s'avérer quelque peu paradoxale. Alors qu'un code, quel qu'en soit le type, tire toujours son essence de règles déjà en vigueur – que celles-ci soient coutumières, jurisprudentielles ou législatives³⁹ – le Code européen aurait pour singularité de reposer, pour une très large partie, sur des règles nouvelles car non présentes dans les différents textes actuellement en vigueur. L'un des

professionnelle, indépendante ou salariée, même si cette personne n'exerce pas son activité dans un but lucratif».

35 Plus précisément la période précontractuelle n'est abordée que par le prisme de certaines obligations précontractuelles comme les obligations d'information et de bonne foi ou des attentes légitimes.

36 C. AUBERT de VINCELLES, préc., p. 15.

37 Il pourrait être objecté à cet argument que le Code civil, pour sa part, n'aborde pas non plus, les questions de l'offre et des promesses (à l'exception de l'article 1589 relatif à la promesse synallagmatique de vente). Néanmoins, tous les récents avant-projets de réforme du droit des contrats se proposent de régir la période précontractuelle. En ce sens V. art. 20 à 35 du «Projet Chancellerie»; art. 14 à 31 du «Projet Terré»; art. 1104 à 1106-1 du «Projet Catala».

38 Une ultime critique peut être relevée à l'encontre des principes de l'acquis : leur nature intrinsèque de principe, V. *Infra*.

39 V. pour l'exemple du Code civil de 1804, J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire*, Paris, Joubert 1844, p.34, «*Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction ente le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général*»; Adde, J.-L. GAZZANIGA, «Le Code avant le Code», *La codification*, op. cit., p. 21, «*plus personne aujourd'hui ne croit à la nouveauté du code civil. Tous les historiens [...] ont montré que les rédacteurs ont fait œuvre de transaction, qu'ils ont pris leur bien dans quelques principes révolutionnaires et l'essentiel dans l'ancien droit*».

objectifs principaux de la codification est la rationalisation du droit⁴⁰. Celle-ci est susceptible de revêtir différentes formes : rassemblement de règles existantes et agencement logiques ou modification des règles existantes⁴¹. Or pour que le droit puisse être rationalisé et quelle que soit la technique utilisée, encore faut-il que, précédemment à la rationalisation, le droit existe... ce qui, manifestement, n'est le cas aujourd'hui.

L'affirmation doit toutefois être nuancée. La création d'un code civil européen suscite, en effet, une réflexion sur le rôle même du droit antérieur dans le processus de codification. S'il est classiquement admis que ce droit doit être entendu comme le droit en vigueur, c'est-à-dire prévu et imposé par un texte applicable, il peut être suggéré d'en retenir une conception plus large. Certains auteurs ont, en effet, pu démontrer que les origines d'un code sont avant tout doctrinales⁴². Puisant ses sources dans la pensée des auteurs, et dans une conception partisane des relations sociales, un code ne serait donc pas uniquement la compilation de textes d'ores et déjà en vigueur. En ce sens, l'absence de dispositions d'origine européenne dans de nombreux domaines du droit des obligations n'apparaîtrait plus comme un obstacle dirimant. L'abondance des projets de code civil européen⁴³ ou de principes contractuels communs⁴⁴, ainsi que la mise en lumière d'une terminologie contractuelle commune⁴⁵, d'origines purement doctrinale⁴⁶, semblent donc en

40 V. par ex. Ph. MALAURIE, « Peut-on définir la codification ? », *Faut-il codifier le droit ? Expériences comparées*, op. cit., p. 181 et du même auteur, « Les enjeux de la codification », *AJDA* 1997, p. 642 et s. ; A. ZARADNY, « Codification et simplification du droit », *LPA*, 24 mai 2007, n°104, p. 9 et s.

41 R. CABRILLAC, op. cit., p. 136-137, l'auteur note toutefois, les imprécisions et les effets pervers de l'objectif de rationalisation du droit.

42 M. MEYNAL, « Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France depuis la rédaction des coutumes jusqu'à la Révolution », *Rev. gén. dr.* 1903, p. 326 ; A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, préface M. Villey, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, vol. IX, 1969. Dans *Essai d'analyse structurale du code civil français – la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XVI, l'auteur va même plus loin en affirmant que (p. 152) « le véritable auteur du Code civil français est [...] idéologiquement, techniquement, politiquement, socialement et économiquement, le bourgeois, jansénisant et gallican éclairé de la fin du XVIII^e siècle, qui a traversé les vicissitudes de la Révolution » ; B. SCHMIDLIN, « Le mouvement des codifications en Europe : la formation du système du code civil français », *Le code civil français dans le droit européen*, J.-Ph. Dunand et B. Winiger (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 45 et s.

43 Les exemples sont nombreux, peuvent ainsi être cités le *Draft common frame of reference*, rédigé sous la dir. de C. von Bach par le Study group on an european civil code, Sellier, 2009, le *Code européen des contrats*, préparé sous la dir. de G. Gandolfi, les *Principles of European Contract Law*, rédigés sous la direction de O. Lando.

44 Research Group on the Existing EC Private Law, *Contract. I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, op. cit. ; et *Contract II, general provisions, delivery of goods, package travel and payment services*, op. cit. ; Association Henri Capitant, *Projet de Cadre commun de référence – Principe contractuels communs*, Société de législation comparée, Droit privé comparé et européen, vol. 7, 2008.

45 Association Henri Capitant, *Projet de Cadre commun de référence – Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, Droit privé comparé et européen, vol. 6, 2008.

46 *Adde*, notant l'émergence d'une culture juridique européenne, V. par ex., D. Tallon, « L'avenir du code en présence des projets d'unification européenne du droit civil », in 1804-2004 *Le code civil*

mesure de constituer le socle indispensable à la création de l'instrument⁴⁷. Le processus de codification du droit européen présenterait toutefois une certaine spécificité relativement au rôle joué par la doctrine. Alors que classiquement les codificateurs s'inspirent d'une présentation doctrinale de l'état du droit en vigueur, la perspective peut paraître légèrement différente. Les travaux de la doctrine tendant à la découverte du droit européen des contrats ne sont, à l'exception des travaux du Groupe Acquis, pas descriptifs mais essentiellement prospectifs⁴⁸, puisqu'il s'agit en règle générale de propositions d'instruments. Cet aspect n'apparaît pas, en soi, diriment, puisque les travaux en question sont, le plus souvent, le fruit d'un travail de comparaison et de synthèse des différents droits nationaux. Sans pouvoir être directement rattachée à un processus traditionnel de codification, la démarche poursuivie par le codificateur européen apparaît malgré tout assez classique. Aussi, n'y a-t-il pas de raison, qu'il se démarque des codes traditionnels en sa forme.

Un Code de principes? Certains auteurs proposent que la codification du droit européen soit organisée autour de principes. Plus précisément le Code ne devrait contenir que des règles à «*texture ouvertes*»⁴⁹, des «*normes flexibles*»⁵⁰ rendant indispensable le travail d'interprétation du juge. Ces règles se limiteraient donc à des énoncés généraux, tels les articles 1134 ou 1382 du Code civil, les clauses générales du BGB allemand, ou enfin des standards⁵¹ comme l'intérêt général, les bonnes mœurs ou la bonne foi. Selon les tenants de cette conception de la codification du droit européen, le mérite de cette approche est double⁵². Tout d'abord, créant des normes malléables, elle permet de garantir leur adaptabilité, par le biais des interprétations jurisprudentielles conforme à l'évolution de la société⁵³.

— *un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p.997 et s., spéc., n°21 ; B. FAUVARQUE-COSSON et W. VAN GERVEN, « La convergence des droits en Europe », *LPA* 19 avril 2007 n° 79, p.63 et s.

47 À ce titre il est intéressant de noter que l'article 1^{er} des statuts de l'Académie des privatistes européens dispose que l'Académie «*se propose d'apporter sa contribution, par la recherche scientifique, à l'unification et à la future interprétation et application du droit privé en Europe dans l'esprit des conventions communautaires*».

48 Ce rôle de fondement du futur droit européen des contrats est d'ailleurs revendiqué par de nombreux auteurs, V. par ex. G. ROUHETTE, I. de LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, Société de législation comparée, 2003, p.22 et s.

49 S. NADAUD, *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*, op. cit., n°463 et s. ; A. CHAMBOREDON, « La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats », *JDI (Clunet)* 2001, n°1, page 5 et s.

50 S. NADAUD, op. cit., n°466.

51 V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative. Étude sur les codes civils français et allemand*, préface M. PEDAMON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 371, 2002, p.358, définit les standards comme «*les instruments de mesures des comportements et des situations mis en œuvre par de véritables règles de droit et permettant d'intégrer dans l'ordre juridique des réalités et des valeurs sociales du moment et de moduler ainsi la valeur de la règle de droit*».

52 S. NADAUD, op. cit., n°479 et s.

53 V. G. ROUHETTE, et alii, *Principes du droit européen du contrat*, op. cit., p.26, qui affirment que les principes les PEDC «*ont été élaborés de façon à offrir une souplesse maximale et à pouvoir s'adapter à l'évolution des idées juridiques dans les domaines qu'ils couvrent. La Commission a donc résisté à la tentation de vouloir couvrir toutes les situations envisageables, ce qui [...] aurait pu paralyser les progrès futurs du droit*».

Ensuite, basée sur des notions connues de tous et susceptible de recevoir une acception particulière dans chaque État, cette approche serait plus respectueuse du pluralisme juridique régnant au sein de l'Union européenne; elle préserverait donc les traditions nationales.

Critique de la proposition. Une telle conception a de quoi séduire. Pour autant, divers arguments amènent à penser qu'elle ne saurait au final constituer la voie à suivre dans la création d'un droit européen des obligations. Tout d'abord, un Code basé uniquement sur des principes généraux, donc relativement abstrait, ne fournirait qu'un guide pour les législateurs tendant à l'harmonisation du droit des contrats en Europe et non un corps de règles pleinement effectives auxquelles les contractants pourraient soumettre leur convention. En effet, la Commission semblant se diriger vers l'adoption d'un instrument optionnel, celui-ci sera donc nécessairement mis en concurrence avec les droits nationaux. Or, afin d'être appliqué l'outil devrait plutôt proposer des règles concrètes directement exploitables par les parties⁵⁴. En outre, l'idée même que l'harmonisation soit envisageable en prenant comme base des principes ou des standards est sujette à caution. Nombreux sont, d'ailleurs, les auteurs doutant de l'efficacité des règles à texture ouverte. Le risque est, en effet, grand que l'unité ne soit qu'artificielle, que «*de façade*»⁵⁵. Enfin, une consécration d'un code limité à des principes comporterait un risque d'incohérence, voire d'insécurité juridique liée à l'indétermination des règles. Le grand pouvoir d'interprétation laissé au juge serait alors potentiellement source d'arbitraire. Si cette critique peut, à un premier niveau, être relativisée, elle est susceptible de trouver tout son sens à un second. L'on peut souscrire au contre-argument proposé par certains auteurs qui affirment que «*tout pouvoir discrétionnaire s'exerce à l'intérieur d'un système de contraintes*»⁵⁶ et que «*le juge s'appuie toujours sur certains critères et rend une décision nécessairement motivée*»⁵⁷. Néanmoins c'est dans la méthode d'interprétation des règles générales que la critique retrouve son sens. Ces dispositions seront nécessairement interprétées/traduites par les juges (ou la doctrine⁵⁸) à l'aune de leur signification purement

54 Rappr. G. GANDOLFI, *Le code européen des contrats*, in *Le code civil français dans le droit européen*, éd. par J.-Ph. DUNAND et B. WINIGER, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 275 et s., spéc. p. 277, «*un accord pour l'unification entre les différents systèmes juridiques européens ne peut se faire que sur des solutions (par exemple sur les obligations auxquelles est tenu un contractant sur l'autre), mais [...] pas sur les principes, c'est-à-dire sur les canons logiques qui permettent ces solutions : canons logiques qui plongent leur racines dans les traditions auxquelles les peuples renonceraient difficilement*».

55 D. MAZEAUD, «*La Commission Lando : le point de vue d'un juriste français*», *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, coll. Études juridiques n°11, p. 145; Adde, C. Jamin, «*Un droit européen des contrats?*», *Le droit privé européen*, P. De Vareilles-Sommieres (dir.), Economica, 1998, p. 55, «*fixer des principes identiques ne suffit plus pour assurer la communauté du droit privé des contrats, ni a fortiori pour envisager une codification de la matière qui constitue l'expression ultime de cette méthode. Nous n'aurons qu'en apparence un droit commun, mais la myriade de solutions qui en découlera risque de ne disposer d'aucune cohérence*».

56 A. CHAMBOREDON, préc., p. 42.

57 S. NADAUD, *op. cit.*, n°489.

58 À ce titre, V. les observations de C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, «*Exercice de linguistique juridique – essai de traduction partielle avec concepts latinisés*», *Réponses de chercheurs du Centre de*

interne... les standards n'auraient plus d'euphéismes que le nom et renverraient alors systématiquement à l'application des règles de droit national. Il apparaît donc qu'à terme, en vue de fournir un outil de droit européen des obligations pleinement efficace aux contractants, sans faire l'économie de certains principes généraux, ce sont des règles matérielles suffisamment précises qui devraient alimenter l'instrument. Cependant, affirmer que l'instrument ne droit européen ne devrait pas être conçu autour de principes généraux mais de règles matérielles, ne signifie pas que la découverte de principes ne présente guère d'utilité. Bien au contraire, elle constitue une étape nécessaire dans la création d'un droit européen des obligations.

L'utilité de la découverte de principes: l'étape intermédiaire. Si l'objectif est de créer un instrument de droit européen des contrats au champ d'application relativement étendu⁵⁹, il va de soi que celui-ci ne pourra être élaboré à très court terme. Bien au contraire, il paraît même indispensable – afin de proposer un instrument d'une grande valeur scientifique – de ne pas « brûler les étapes ». Or, les projets académiques et les études de droit comparé sont, pour une grande majorité, relatifs au droit commun du contrat mais n'abordent généralement pas les statuts spéciaux⁶⁰. De même, en la matière l'acquis commun est quasi-inexistant⁶¹. Partant, faute de base doctrinale solide, la création d'un Code européen incluant les contrats spéciaux paraît pour l'heure illusoire. Aussi, un travail particulièrement important relatif aux contrats spéciaux devrait-il être mené dans un premier temps. Il pourrait paraître souhaitable que celui-ci aboutisse, non pas à des règles matérielles directement applicables pour les contractants, mais à des principes généraux de la matière, permettant de dégager un « *droit commun spécial des contrats* »⁶² européens, servant de base à une réglementation future de ces contrats. Conceptualisée afin de « *décloisonner les qualifications par des théories spéciales* »⁶³ cette proposition a pour objet « *de dégager un droit commun des opérations contractuelles élémentaires, lesquelles*

Droit Privé et Public des Obligations et de la Consommation au Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, p. 36 disponible sur le site de la Commission européenne à l'adresse : http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/38_fr.pdf) sur les problèmes de traduction issus de la version française du DCFR, qui remarque que le traducteur interprète nécessairement les notions anglaises de *good faith and fair dealing* ou de *person*, par des concepts bien connus du juriste français de bonne foi ou de partie; *Adde* notant les divergences de conception en droit des biens, A. GAMBARO, « Perspectives on the codification of the law of property: an overview », *ERPL* 1997, p. 497 et s., spéc., p. 500 et s.

59 V. *Infra*.

60 Pour une présentation des projets relatifs aux contrats spéciaux, V. *Infra*.

61 V. J. SÉNÉCHAL, *Vers une ou plusieurs catégories d'instrument en droit européen des contrats – réponse au livre vert du 1^{er} juillet 2010*, p. 17 (disponible sur l'internet à l'adresse : http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/293_fr.pdf), p. 10 et s.

62 L'expression est empruntée à P. Puig, « Pour un droit commun spécial des contrats », *Le monde du droit, écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825 et s.

63 A. BÉBABENT, « Les difficultés de la recodification: les contrats spéciaux », *Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 250.

mettent en œuvre plusieurs obligations rassemblées en vue d'une finalité commune [...]. Chacune de ces opérations pourrait ainsi se combiner avec d'autres au sein de figures contractuelles complexes sans que la qualification du contrat soit un obstacle à l'application simultanée des régimes»⁶⁴. L'idée est classiquement développée en raison de l'inadaptation des classifications traditionnelles des contrats spéciaux en droit interne⁶⁵, mais semble être une voie adaptée à la démarche de découverte d'un droit européen des contrats spéciaux. L'objectif serait donc de se livrer à un travail de comparaison des différentes dispositions régissant les contrats dans les différents droits nationaux pour en extraire des principes communs⁶⁶, qui à terme constitueraient le socle de règles matérielles d'un Code européen des obligations⁶⁷. L'idée d'un droit commun spécial des contrats pourrait, en outre, constituer plus qu'une base de la codification future et se transmuter en véritable partie générale de la partie consacrée aux contrats spéciaux. Telle semble d'ailleurs être la méthode retenue par l'Académie des privatistes européens de Pavie, dont certains membres proposaient : «d'introduire dans le Livre deuxième, au début ou à la fin, une partie contenant une série de dispositions générales pour tous les contrats spéciaux ou groupes de contrats qui présentent des problèmes communs. Il s'agirait, [...], de satisfaire non seulement à une exigence de cohérence interne de ce livre, mais aussi d'éviter les formules répétitives et la réintroduction, dans un code européen du troisième millénaire, de certaines règles de nature casuistique découlant de la tradition romaine, qui survivent dans différents codes nationaux en les alourdissant»⁶⁸.

Si l'émergence de principes communs des contrats spéciaux européens ne permettrait assurément pas de fournir aux contractants un instrument destiné à servir de droit applicable à leur convention, elle aurait au moins pour mérite d'en constituer le noyau dur. D'un point de vue théorique, le problème du matériau existant pourrait donc être écarté. Il n'est pas question, pour autant, d'affirmer que l'état actuel des travaux menés par les différents groupes de recherches sur la création du droit européen des obligations est suffisant : nombreux sont les domaines restant encore à étudier. En effet, il n'apparaît pas souhaitable de limiter le contenu du Code européen au seul droit commun des contrats. Bien au

64 P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 3^e éd., 2009, n°11.

65 Sur ce point, V. par ex. J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préface J. BRETHE DE LA GRESSAYE, LGDJ, bibliothèque de droit privé T. 91, 1969, p. 10 et s.

66 On pense par exemple, aux obligations de garanties, de conformité, de sécurité ou de conservation et à des effets du contrat comme l'appréhension du transfert des risques ou à des notions innervant les différents droits internes des contrats comme la remise de la chose.

67 Le travail peut paraître monumental voire infaisable en raison des grandes divergences de conceptions sur certains points précis du droit des contrats. Il paraît, en effet, difficile de découvrir un principe commun à tous les modes de transfert du droit de propriété. Néanmoins, ces difficultés ne sont pas infranchissables «*parce que précisément ce ne sont que des difficultés de technique juridique*», (R. HOUIN, «Codification européenne des contrats et des obligations», *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 230).

68 M.-L. RUFFINI GANDOLFI, «Le Code européen des contrats – Livre I, à l'Institut de France (et les travaux préparatoires du livre II à l'Université de Pavie)», RIDC 2006, p. 953 et s., spéc., p. 963, l'auteur fait ici état d'une proposition de MM. Gandolfi et Terré.

contraire, c'est dans la richesse de son contenu que celui-ci pourra trouver sa force et s'avérer suffisamment attractif pour les partenaires.

II - Le choix d'un contenu : l'étendue du Code

Dans l'hypothèse où l'Union Européenne se doterait d'un instrument de droit des contrats, quel que soit le champ d'application *rationae personae* choisi, particulièrement importante semble être la question de son contenu ou, plus précisément, de son champ d'application *rationae materiae*. En filigrane apparaît dès lors la question de savoir si l'instrument devrait se limiter au seul droit commun des contrats (A) ou au contraire comprendre des dispositions dépassant ce seul cadre (B).

A) Droit européen du contrat ou droit européen des contrats?

Suivant certains auteurs le droit des contrats pourrait faire l'objet d'une codification autonome sans s'insérer dans un instrument régissant l'ensemble du droit civil⁶⁹. L'exemple est alors pris des différentes expériences de codifications isolées⁷⁰, distinctes⁷¹, ou de recodifications séparées⁷². Si la spécificité de cette branche du droit est indiscutable, encore faut-il s'entendre sur l'ensemble de règles visé. Doit-il s'agir d'un droit *du contrat* limité au seul droit commun ou d'un droit *des contrats* comprenant pour sa part, des dispositions relatives aux contrats spéciaux?

Présentation sommaire du matériau. Dans les projets soumis à la critique des auteurs deux tendances émergent. Les premiers, et plus particulièrement les principes du droit européen du contrat rédigés par la Commission pour le droit européen du contrat et dirigée par le Professeur Ole Landö⁷³, ont pour objectif de proposer un droit commun européen du contrat. Les articles proposés ont, en résumé, trait à la formation, au contenu, aux effets, à l'exécution et à l'inexécution du contrat.

Les seconds – l'on pense notamment au DCFR, au Code européen des contrats ou, dans une autre mesure à l'étude de faisabilité pour un futur instrument de droit européen des contrats⁷⁴ et à la proposition de règlement du Parlement et

69 G. ROUHETTE, *Les codifications du droit des contrats*, Droits, n°24, *La codification*, PUF, 1996, p. 113.

70 Telle le Code tunisien des obligations et des contrats.

71 Telle le Code fédéral suisse des obligations.

72 Telle le BGB.

73 Commission pour le droit européen du contrat, *Principes du droit européen du contrat*, version française G. ROUHETTE *et alii*, Société de législation comparée, 2003 ; ces principes ont fait l'objet d'une révision, par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française et la Société de législation comparée in *Projet de cadre commun de référence – Principes contractuels communs*, Société de législation comparée, 2008.

74 Commission Expert Group on European Contract Law, Feasibility study for a future instrument in European Contract Law, disponible sur l'internet à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory_note_results_feasibility_study_05_2011_en.pdf. Ce texte constitue une sélection des parties du DCFR « *directement en lien avec le droit des contrats* » (p. 5), qui ont, ensuite été simplifiées, restructurées et mises à jour.

du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente⁷⁵ – ont pour leur part un champ d'application plus large englobant certains contrats spéciaux. Ainsi, Le DCFR propose, au livre IV, une réglementation des contrats de vente (partie A), de bail (partie B), d'entreprise (partie C), de mandat (partie D), d'agence commerciale, de franchise et de distribution (partie E), de prêt (partie F), de cautionnement et de garantie autonome (partie G) et, enfin de donation (partie H). Pour sa part, le Code européen des contrats consacre son deuxième livre aux contrats en particulier⁷⁶. Enfin, l'étude de faisabilité, soumise le 3 mai 2011 par l'*Expert Group on an European Contract Law* mandaté par la Commission, et la Proposition de règlement du parlement et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, proposent d'instaurer des dispositions relatives à la vente et au contrat de services⁷⁷.

Pour un instrument dépassant le seul droit commun du contrat⁷⁸. Traduction au plan juridique d'une conception politique plutôt libérale⁷⁹, un instrument se limitant au seul droit commun du contrat aurait pour mérite de laisser une grande marge de manœuvre aux contractants dans la création de leur contrat. Plus précisément un tel instrument serait, semble-t-il, la marche à suivre dans l'hypothèse d'un droit européen réservé aux contrats passés entre entreprises, à l'exclusion de ceux passés entre une entreprise et un particulier (consommateur ou non) ou entre particuliers. Comme le note en effet un auteur, la pratique crée des contrats de toutes pièces afin de répondre à des besoins spécifiques et ces derniers s'accommodent mal avec les modèles traditionnels des contrats spéciaux⁸⁰. Aussi, pour certains la création d'un tel instrument constituerait l'unique hypothèse envisageable car « *seules les dispositions légales ramenées à l'essentiel, et le recours au juge ou à des autorités indépendantes pour leur mise en œuvre concrète, peuvent constituer un dénominateur commun aux différentes traditions juridiques européennes* »⁸¹. Séduisante en théorie, une telle conception de l'instrument de droit européen des contrats semble toutefois se heurter, en pratique, à de nombreuses considérations qui méritent d'être envisagées.

75 Proposition du 11 octobre 2011, COM 2011 635, 2011/0284 (COD), le projet de *Droit commun européen de la vente* est proposé en annexe (p. 33 et s.).

76 Pour l'heure seul le titre premier consacré à la vente est achevé.

77 Celui-ci se distingue quelque peu du contrat d'entreprise. Les dispositions proposées par le projet n'ont en effet vocation à s'appliquer qu'aux contrats par lesquels un vendeur procure à un acheteur un service relatif au bien vendu, tel son installation, sa maintenance ou sa réparation (art. 150).

78 Il peut être précisé qu'il ne s'agit pas ici, de s'attacher à une étude des différentes dispositions contenues dans les textes mais, plutôt, d'une étude globale de la façon dont pourrait être conçu l'instrument de droit européen des contrats.

79 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 3^e éd., 2007, n°32, à l'opposé, un instrument plus complet, comprenant notamment des dispositions relatives aux contrats spéciaux traduirait, selon les auteurs une conception plus dirigiste du droit.

80 J. PAILLUSSEAU, « Les contrats d'affaires », *Le droit contemporain des contrats, Bilan et perspectives*, préface G. Cornu, Economica, 1987, p. 169 et s.

81 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *op. et loc. cit.*

Tout d'abord, la Commission européenne ne semble pas se diriger vers un instrument limité aux seules relations entre entreprises, mais paraît vouloir y soumettre les rapports entre entreprises et particuliers⁸². Or si ces contrats ne sont pas toujours négociés, ils ne peuvent toujours être qualifiés de contrats d'adhésion « *pour la simple raison que si les parties ont manifesté leur volonté de se lier juridiquement, elles n'ont pas pour autant décidé du contenu du contrat* »⁸³. Partant, il paraît indispensable, si ce type de relations devaient être régies par l'instrument – et *a fortiori* s'il devait comprendre les relations entre particuliers – d'y intégrer des dispositions concernant les contrats spéciaux⁸⁴.

Ensuite, retenir un instrument au champ d'application trop limité reviendrait à méconnaître l'idée suivant laquelle « *les contractants ne concluent pas un contrat en général, mais un contrat spécial* »⁸⁵. Cette idée est accentuée par le phénomène de spécialisation, voire de « *sur-spécialisation* »⁸⁶ des contrats, rompant avec la fonction simplement illustrative⁸⁷ longtemps accordée au droit des contrats spéciaux⁸⁸.

Enfin, puisque la Commission semble vouloir se tourner vers la consécration d'un instrument optionnel, la limitation au seul droit commun pourrait paraître de nature à compromettre l'attractivité de l'instrument, en ce qu'il imposerait trop souvent un retour au droit interne par l'application des règles de droit international privé. À ce titre, l'on pourrait même considérer qu'un instrument limité au

82 Ainsi, par exemple, le chapitre 2 de la partie 2 du projet de l'Expert group oppose l'obligation précontractuelle d'information lorsque le contrat est conclu par un professionnel et un consommateur (section 1) et celle imposée quand le contrat est conclu entre professionnels. La proposition du règlement et du Parlement relatif à un droit commun européen de la vente, vise quant à elle (Art. 4), aussi bien les contrats transfrontières entre professionnels que les contrats transfrontières entre un professionnel et un consommateur.

83 C. LARROUMET, *Droit civil*, T. III, *Les obligations – le contrat*, 1^{re} partie, *Conditions de formation*, Economica, 2007, n°148.

84 Rapp. J. SÉNÉCHAL, préc., p.17, « *les contrats spéciaux ne sont pas des contrats marginaux dérogeant au droit commun. Loin de déroger au droit commun des contrats, la réglementation des contrats spéciaux en assure le plus souvent la mise en œuvre, l'application concrète aux différentes conventions les plus courantes et les plus utiles aux différents acteurs de la société. Les contractants ont, avant toute chose, besoin d'une réglementation adaptée à leur contrat spécifique, i.e. d'un ensemble de règles spéciales traitant de l'ensemble des problèmes que la conclusion de leur contrat a naturellement vocation à entraîner* ».

85 J. SÉNÉCHAL, préc.

86 Ph. RÉMY, « La jurisprudence des contrats spéciaux – quarante ans de chronique à la Revue trimestrielle de droit civil », *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, PUF, 1986, p. 110.

87 V. par ex., B. GROSS et Ph. BIRH, *Contrats*, T. 1, PUF, Thémis Droit privé, 2002, n°3, p. 4, « *dans le code civil, le droit des contrats spéciaux apparaît principalement comme un droit d'application de la théorie générale* ». ; Adde, F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 8^e éd., 2007, n°5, qui affirment qu'à l'origine les contrats spéciaux n'étaient que des « *exemples* » de la théorie générale.

88 V. P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 3^e éd., 2009, n°8, « *du genre, on glisse progressivement vers des espèces particulières puis vers des contrats « très spéciaux » dont la réglementation autonome affirme progressivement l'indépendance* » ; Adde, Ph. JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, op. cit., p. 116 et s.

droit commun exacerberait « l'effet de surprise »⁸⁹ lié à la détermination du droit applicable ou plus précisément au contenu de ce droit, par l'inévitable dépeçage du contrat qu'il emporterait⁹⁰. Dans cette configuration, les questions de formation ou d'inexécution pourraient être régies par l'instrument. Toutefois le contenu du contrat – l'on pense par exemple à la nature de la prestation attendue ou aux questions liées à la garantie – ou les questions de qualification, impliqueraient nécessairement, en cas de silence de la convention sur ce point, l'application des dispositions du droit national désigné par la règle de conflit. Par ailleurs, une déclaration de principe consistant, à l'image de l'article 1 2) de l'Étude de faisabilité⁹¹, à renvoyer à l'esprit du texte en cas de lacune de celui-ci ne pourrait permettre de trancher un litige relatif à la qualification ou à la substance de l'obligation... peut-on, par exemple, penser que le problème suscité par le contenu des obligations d'un bailleur puisse être tranché conformément à la logique de principes généraux? Rien n'est moins sûr. Entraînant de façon quasi-systématique une application de règles issues d'un droit interne, un instrument se limitant à des principes généraux ne saurait prospérer. La perspective d'un dépeçage du contrat entre le droit issu de l'instrument européen et un droit interne, ne semble pas de nature à inciter les partenaires à soumettre leur accord à cet instrument⁹².

S'il paraît donc souhaitable que l'instrument contienne autant un droit commun qu'un droit spécial des contrats, la question se posera nécessairement de savoir quels contrats spéciaux y seront intégrés.

Les contrats visés. Deux options doivent alors être analysées: celle, prise par l'Expert Group et la Proposition de règlement relative au droit commun européen de la vente, de limiter l'instrument au contrat de vente et au contrat de services et celle prise par le DCFR d'englober la plupart des contrats nommés classiquement réglementés dans les différents codes civils nationaux. Si la première de ces options paraît recevoir les faveurs de la Commission⁹³, une telle démarche ne peut qu'être condamnée. Afin de rendre l'outil attractif aux partenaires celui-ci

89 T. KADNER-GRAZIANO, « Le futur de la codification du droit civil en Europe : harmonisation des anciens codes ou création d'un nouveau code? », *Le Code civil français dans le droit européen*, J.-Ph. Dunand et B. Winiger (dir.), Bruylant, 2005, p. 257 et s., spéc. p. 258 et s.

90 T. KADNER-GRAZIANO, *op. cit.*, p. 263 précise, par ailleurs qu'un droit privé européen, à l'image, par exemple, du Règlement Rome 1, permet de diminuer l'effet de surprise mais pas de le supprimer: « *Le droit international privé uniforme rend prévisible la loi applicable au contrat et aide par là même à éviter certaines surprises. Mais le DIP désigne malgré tout un droit national qui n'est pas adapté aux besoins de la situation transfrontalière. Il ne peut pallier les surprises quant au contenu du droit étranger applicable au contrat, et ne peut donc pas éviter, en l'occurrence, l'effet de surprise.* ».

91 « *Issues within the scope of the instrument but not expressly settled by it are to be settled in accordance with the principles underlying it without recourse to national laws* »; *Adde*, Proposition de règlement du Parlement et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (préc.), art. 4 de l'annexe, « *Le droit commun européen de la vente doit être interprété de façon autonome, conformément à ses objectifs et aux principes sous-jacents à celui-ci* »; Rappr. PDEC, art. 1: 106.

92 Rappr. C. WITZ, « Rapport de synthèse », *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, *op. cit.*, p. 161 et s., spéc. p. 171.

93 V. par ex. la proposition de règlement du Parlement et du Conseil du 11 octobre 2011 (préc.), limitant pour sa part le projet au seul contrat de vente et aux « *contrats de services connexes* » (art. 147 et s.).

doit leur procurer une certaine sécurité juridique, ce qui ne saurait être le cas dans cette hypothèse. Ainsi, la partie IV de l'étude de faisabilité⁹⁴ propose un certain nombre de dispositions relatives à la vente. Pour autant, se limitant à ce seul contrat le risque paraît grand pour les parties de ne pouvoir efficacement effectuer la distinction entre ce type de contrat et par exemple, un contrat d'entreprise emportant également le transfert de propriété d'un bien⁹⁵. Or, les intérêts attachés à la qualification sont nombreux⁹⁶ : détermination du prix et du moment du transfert de propriété, garanties des vices cachés... De même, dans bon nombre d'hypothèses, cette limitation du contenu pourrait emporter un retour à l'application d'un droit national, alors même que les parties ne l'auraient pas prévu. L'on peut en effet imaginer qu'un contrat passé entre un vendeur français et un acheteur allemand, soumis à l'instrument optionnel, comprenne les différentes obligations prévues par le texte tant à la charge du vendeur⁹⁷ que de l'acheteur⁹⁸, mais qu'en outre les parties adjoignent à ces dispositions une obligation à la charge du « vendeur » de fabriquer le bien. Un litige naît quant au moment du transfert de propriété – question d'ailleurs abordée ni par l'étude de faisabilité, ni par la proposition relative au droit commun européen de la vente⁹⁹ – le juge français est alors saisi et, faute de choix des parties, applique la loi française¹⁰⁰. S'il s'avère que la fabrication du bien ne correspond pas à une production en série, mais à « un travail spécifique pour les besoins particuliers exprimés par [le client] »¹⁰¹, le juge

94 Art. 89 à 149.

95 Et cela malgré la définition relativement large du contrat de vente posée par l'article 2 15) : « *sales contract* » means any contract under which a business transfers or undertakes to transfer the ownership of goods to another person (the buyer), and the buyer undertakes to pay the price; it includes a sales contract under which the seller is to manufacture or produce the goods for the buyer ». Cette définition est en partie reprise par la Proposition de règlement du Parlement et du Conseil qui pour sa part à l'article 2 k) définit le contrat de vente comme « tout contrat en vertu duquel un professionnel (« le vendeur ») transfère ou s'engage à transférer la propriété des biens à une autre personne (« l'acheteur »), et l'acheteur paie ou s'engage à en payer le prix; il comprend les contrats portant sur la fourniture de biens à fabriquer ou à produire, et exclut les contrats de vente sur saisie ou impliquant l'exercice de la puissance publique ». L'on peut toutefois s'interroger sur la pertinence de l'exclusion de cette définition du corps même du texte qui servira de « code de la vente » compris pour sa part dans l'Annexe de la proposition ; Sur les rapports entre les contrats de vente et d'entreprise, V. P. Puig, *op. cit.*, n°788 et s.

96 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n°74.

97 L'article 94 du projet impose au vendeur les obligations de délivrance conforme, de transférer la propriété, ainsi que de délivrer les documents représentant ou relatifs aux biens vendus.

98 L'article 125 du projet prévoit que l'acheteur doit payer le prix, retirer les biens et les documents délivrés par le vendeur.

99 Le considérant 27 de la proposition de règlement renvoie d'ailleurs expressément au droit national sur ce point.

100 Art. 4 du Règlement (CE) no 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

101 Cass. com. 4 juillet 1989, *D.* 1990, p. 246, note G. VIRASSAMY ; *RTD civ.* 1990, p. 105, obs. Ph. RÉMY.

devra donc, conformément à l'article 12 du Code de procédure civile, requalifier le contrat et appliquer les règles françaises du... contrat d'entreprise¹⁰²!

En somme, un outil limité dans son champ d'application au seul contrat de vente ne pourrait guère paraître attrayant aux parties. Il ne pourrait, en effet, pas garantir aux contractants la sécurité juridique inhérente au choix d'un corps de règles leur assurant, même en cas de requalification du contrat, l'application de l'instrument choisi. Autrement dit, le droit des contrats spéciaux ne saurait être conçu comme une « annexe » de la partie consacrée au droit commun du contrat. Bien au contraire il participe de l'indispensable esprit de système qui devra animer l'instrument. En effet, « *codifier, dans la tradition moderne, c'est faire un système. Cela appelle une vision, mieux, une conceptualisation d'ensemble* »¹⁰³. Cette conceptualisation d'ensemble devrait donc comprendre aussi bien un droit commun qu'un droit spécial des contrats. Néanmoins, si l'objectif poursuivi est la création d'un outil pleinement autoréférent et autopoïétique¹⁰⁴ dispensant systématiquement les parties d'un retour à l'application d'un droit national, celui-ci devra nécessairement comprendre des dispositions situées au-delà du droit des contrats.

B) Pour un droit des contrats complété

Au-delà du droit des contrats : la nécessité de dispositions relatives à la responsabilité. Bien que l'idée ne semble plus, aujourd'hui, recevoir les faveurs de la Commission, il fut, un temps, envisagé – notamment par le Parlement – de ne pas limiter la conception d'un instrument de droit européen au seul droit des contrats mais d'y inclure également les règles de la responsabilité civile extracontractuelle¹⁰⁵. Cette démarche semblait parfaitement fondée et même

102 La Cour de cassation s'attache, en effet, au critère du travail spécifique. Partant, si le contrat porte sur une vente de biens fabriqués en série, celui-ci doit être qualifié de vente, V. par ex. Cass. com. 6 mars 2001, *JCP* 2001, II, 10564, note F. LABARTHE.

103 F. ZÉNATI-CASTAING, préc., n°3; Adde, E. LERMINIER, *Philosophie du droit*, 3^e, éd., 1853, p. 447, « *un code est à la fois un système et une histoire* ».

104 V. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « En faveur d'un régime optionnel », *Réponses de chercheurs du Centre de Droit Privé et Public des obligations et de la consommation*, (disponible sur le site de Commission Européenne à l'adresse : http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/38_fr.pdf), p. 42 et s., « *pour que le système fonctionne, il faut que le corps de règles en question soit strictement autoréférent et autopoïétique [...] : toute référence à un droit national amoindrirait l'économie du régime, dont le but est précisément d'extraire une relation contractuelle de l'emprise du droit national. Schématiquement, les normes contractuelles seraient donc placées dans un système normatif anational, indépendant des ordres nationaux, qui, en outre, ne se maintient que par l'utilisation du droit optionnel au sein de ces normes contractuelles, qui en apparaissent comme les composants, d'où l'autopoïèse* ».

105 Exposé des motifs de la proposition de résolution du Parlement européen présentée par la commission juridique et du marché intérieur, le 9 juillet 2003, sur la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée : « Un droit européen des contrats plus cohérent – un plan d'action » COM(2003) 68 - 2003/2093(INI). L'harmonisation de ces règles fait d'ailleurs l'objet d'études doctrinales nourries depuis un certain temps. Outre la présence de telles dispositions dans le DCFR [livres VI et VII], l'European Group on Tort Law [EGTL] a publié des Principes du droit européen de la responsabilité civile, (Principles of European Tort Law. Text and

paraître logique. Les différents États ayant entrepris une réforme du droit des obligations ne se sont, en général, pas limités au seul droit des contrats mais y ont inclus les règles de la responsabilité civile¹⁰⁶. Bien entendu, dans l'objectif de créer un droit européen des contrats, il n'est pas indispensable de proposer un système complet de responsabilité extracontractuelle. Toutefois certains points, en ce qu'ils influent sur la conception retenue du contrat ou de la responsabilité contractuelle mériteraient d'être intégrés à l'instrument. À ce titre, un auteur affirme qu'*« il ne servirait pas à grand-chose d'uniformiser les règles de la responsabilité contractuelle, si la victime cocontractante pouvait aussi, selon tel ou tel droit national, mettre en œuvre la responsabilité délictuelle. Il est donc très important de se prononcer sur le principe du non-cumul des responsabilités »*¹⁰⁷. Il paraît en effet nécessaire que l'instrument prenne parti sur la question des rapports en les responsabilités contractuelle et délictuelle. Il est d'ailleurs étonnant que les projets relatifs à la responsabilité délictuelle ou à l'ensemble du droit des obligations ne proposent de solution en la matière¹⁰⁸. C'est donc surtout par le truchement d'une frontière du contrat clairement établie, excluant l'application de la responsabilité délictuelle, qu'il conviendrait d'établir une solution en la matière.

Ainsi par exemple, il paraît souhaitable que l'instrument prévoit des dispositions relatives à l'obligation de sécurité. En effet, si l'exclusion de cette obligation du champ du contrat peut se concevoir puisqu'elle est considérée par

Commentary, Wien, Springer, 2005) et le Groupe de recherche européen responsabilité civile – assurance [GRERCA] travaille également sur l'élaboration d'un texte (les travaux sont consultables sur le site <http://grerca.univ-rennes1.fr/theme/Travaux/>).

106 Tel est notamment le cas du Code des obligations suisse (art. 41 à 67), du Code des obligations cambodgien, (art. 121 à 135), ou du Code des obligations et des contrats tunisien (art. 82 à 115). Au strict plan français sur trois avant-projets de réforme du droit des obligations, deux d'entre – les projets dits Catala et Terré – envisagent de refondre cette matière (En dernier lieu, V. *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, F. TERRÉ (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011).

107 C. WITZ, préc., p. 171.

108 Sur ce point V. P. ANCEL, « Les conceptions générales de la matière : rôles respectifs de la loi et du juge en matière de responsabilité civile, responsabilité délictuelle et contractuelle », *Séminaire du GRERCA* du 13 mai 2011, spéc. p. 6 et s., disponible sur l'internet à l'adresse : http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/284/284286_pancel.pdf. L'auteur affirme que « *ni l'article 2-102 4/ des PETL (qui vise la protection d'une relation contractuelle, mais au titre des intérêts protégés, sans doute contre les atteintes des tiers), ni l'article 2-102 5°, qui lie l'étendue de la protection à la « nature de la responsabilité » (mais en songeant à la distinction selon la nature de la faute commise, intentionnelle ou non) ne peuvent être lus comme des textes envisageant la distinction de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle. Il en va différemment du texte du groupe Von Bar, dans la mesure où les règles du Livre VI du DCFR, dont l'objet est, selon leur intitulé même (Non-contractual liability arising out of damage caused to another), la seule responsabilité extra-contractuelle, s'intègrent dans un ensemble plus complet touchant à différents aspects du droit des obligations. Or on trouve bien par ailleurs dans cet ensemble, dans la partie relative aux contrats aux articles 3: 701 et suivants, des textes, largement repris des articles 9: 501 et suivants des Principes du droit européen des contrats, qui sont relatifs aux dommages et intérêts sanctionnant l'inexécution des obligations contractuelles, et qui, [...] semblent envisager ces dommages et intérêts comme une forme particulière de « responsabilité ». Ce qui est vrai, c'est que, à aucun moment, le DCFR n'envisage la question des rapports entre ces deux types de responsabilité (leurs domaines respectifs, leur concours éventuel).*

certaines comme une application du devoir général de ne pas nuire à autrui¹⁰⁹, il n'est pas impossible d'y voir également une obligation contractuelle¹¹⁰. Au-delà de ce débat qui dépasse le cadre de notre propos, si l'objectif poursuivi par l'instrument de droit européen est de limiter le recours au droit national, il paraîtrait incongru de ne pas aborder une telle question. En effet, dans une telle hypothèse, la réalisation du dommage susceptible d'ouvrir droit à réparation sur le fondement de l'obligation de sécurité impliquerait nécessairement l'application d'une règle de conflit puis d'un droit national.

On peut alors imaginer un contrat de location de véhicule entre un bailleur belge et un locataire français agissant pour les besoins de son entreprise, pour un trajet entre la Belgique et le Luxembourg, qui soumettraient leur convention à l'instrument optionnel. Lors de l'utilisation du véhicule au Luxembourg, le locataire est blessé et refuse alors de payer le prix de la prestation. Il est donc assigné par le bailleur. À défaut de clause d'élection de for dans la convention et en application de l'article 5 §1 b) du Règlement de Bruxelles I¹¹¹, le juge du lieu d'exécution du service, donc le juge belge, est saisi. Celui-ci doit alors appliquer l'instrument optionnel, conformément aux stipulations des parties. Néanmoins, le locataire entend introduire une action en réparation du préjudice subi sur le fondement de l'obligation de sécurité du bailleur. Deux problèmes sont alors susceptibles de se poser. Tout d'abord le juge saisi est-il compétent pour connaître de cette dernière question ?¹¹² Ensuite, quel est le droit national applicable ? La première question être rapidement éludée bien que le dommage se soit produit dans un autre lieu que celui du for du juge saisi. En effet, si l'article 5-3 du Règlement Bruxelles I permet à la victime d'actionner le responsable sur le fondement « *devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* », il ne s'agit que d'un

109 V. not. J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 2, *Les biens, les obligations*, PUF 2004, n°1211, « *c'est artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes ; les tragédies sont de la compétence des articles 1382 et suivants* » ; Ph. le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2010-2011, n°3291 et s. ; Ph. RÉMY, « La « responsabilité contractuelle », histoire d'un faux concept », *RTD Civ.* 1997, spéc. n°47.

110 Pour un exposé des différentes critiques de la « décontractualisation » de l'obligation de sécurité, V. not. Ph. BRUN, *Responsabilité civile extractcontractuelle*, Litec, 2009, n°124 et s. Il peut être outre être considéré que puisqu'un contrat « *modifie le droit normalement applicable entre les parties, la responsabilité doit être contractuelle dès lors que le dommage se rattache à cette modification* » (P. ANCEL, préc., p. 9, citant Ph. JACQUES, Rapport de synthèse, *séminaire du GRECA*, Chambéry, 20 et 21 mars 2009, présentation orale disponible sur l'internet à l'adresse <http://greca.univ-rennes1.fr/theme/Travaux>).

111 V. *infra* ; Pour le rattachement du contrat de bail à une prestation de services, V. CJUE, 21 octobre 1999, aff. C-97/98, qui affirme que « *l'activité qui consiste à mettre à la disposition de tiers, contre rémunération et sous certaines conditions, un plan d'eau pour y pratiquer la pêche constitue une prestation de services* ».

112 À ce titre il peut être noté que le droit belge, admet que dès lors qu'il y a atteinte à l'intégrité physique, la responsabilité délictuelle est susceptible de s'appliquer, même entre contractants (Sur ce point, V. B. DUBUISSON, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle – ultime tentative de conciliation », *séminaire du GRECA*, Chambéry, 20 et 21 mars 2009, disponible sur l'internet à l'adresse http://greca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/280/280032_B.DUBUISSON.pdf). Partant, dans notre hypothèse, ce n'est plus le for du contrat qui devrait dicter la compétence du juge.

for optionnel. Or en assignant le bailleur, par le biais de l'action reconventionnelle devant le juge belge, le locataire ne fait qu'appliquer la règle traditionnelle voulant que le défendeur soit assigné devant le juge de l'État de son domicile. C'est donc essentiellement la solution de la seconde question qui susciterait l'effet de surprise chez les parties. Si le juge considère que la sécurité relève de la matière contractuelle, il devra appliquer l'article 4 1° du règlement Rome 2¹¹³ et, partant, devra désigner applicable la loi luxembourgeoise. En conclusion, à une même situation pourtant relativement simple, le juge belge devra appliquer deux corps de règles différents: d'une part l'instrument optionnel et d'autre part un droit étranger: le droit luxembourgeois. Bien entendu, l'exemple n'a véritablement de sens qu'autant qu'il sera admis que les droits nationaux puissent compléter l'instrument optionnel. Dans l'hypothèse inverse, qui paraît cependant moins probable, la solution serait pour le moins radicale: non prévue par l'instrument, le juge ne saurait réintégrer l'obligation de sécurité par le truchement de l'application du droit national. Pour caricatural que puisse paraître cet exemple, il a, semble-t-il, le mérite de démontrer l'importance de l'intégration dans l'instrument de dispositions relatives à la responsabilité, ou plus largement, à la frontière du champ d'application du contrat.

De la même façon, il paraît nécessaire que l'instrument comprenne des dispositions relatives aux quasi-contrats¹¹⁴. À l'image de ce qui peut être préconisé en ce qui concerne la responsabilité délictuelle, ces dispositions ne devraient alors régir que les situations quasi-contractuelles en lien avec un contrat donc, plus spécifiquement, l'enrichissement sans cause. En effet, dans le cadre d'un contrat soumis à l'instrument européen, lorsque «*l'une des parties, allant au-delà des obligations convenues, accomplit une prestation à laquelle elle n'était pas conventionnellement tenue*»¹¹⁵, ou dans une autre mesure si un contrat à exécution successive a été anéanti ou résolu¹¹⁶, l'absence de disposition conduirait à une situation quelque peu paradoxale. L'article 10 §1 du règlement Rome II, dispose que «*lorsqu'une obligation non contractuelle découlant d'un enrichissement sans cause, y compris un paiement indu, se rattache à une relation existante entre les parties, telle qu'une obligation découlant d'un contrat [...] la loi applicable est celle qui régit cette relation*». Or dans l'hypothèse d'un contrat soumis à l'instrument de droit européen des contrats n'incluant pas ces dispositions, la loi du contrat ne prévoirait pas la façon de régler le problème, ce qui emporterait nécessairement un retour à

113 Art. 4 1° du Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement Européen et du Conseil: «*sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent*».

114 Tel est d'ailleurs le cas du livre VII du DCFR intitulé *Unjustified enrichment*.

115 J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et É. SAVAUX, *Les obligations*, T. 2, *Le fait juridique*, Sirey, 13^e éd., 2009, n°45.

116 Il peut toutefois être relevé que l'article VII. – 2 : 101, 2 du DCFR exclut toutefois expressément le recours à l'enrichissement sans cause dans cette hypothèse.

l'un des droits nationaux¹¹⁷ aboutissant, encore une fois, à une multiplication des droits applicables.

Au final, l'on ne peut que souhaiter la création d'un droit des contrats... ne se restreignant pas aux seules questions traditionnellement abordées dans les manuels spécialisés. Bien au contraire ces règles doivent être complétées par des dispositions issues de la responsabilité extracontractuelle touchant au droit du contrat. Partant, puisque c'est d'un contenu riche que l'instrument tirera sa force et son attractivité, il ne peut qu'être suggéré de ne pas limiter le travail de codification au seul droit des obligations.

Au-delà du droit des obligations: l'impérative intégration de dispositions relatives au droit patrimonial. La Commission avait, un temps, suggéré que les travaux relatifs à la création d'un droit européen s'attachent non seulement au droit des obligations, mais également au droit des biens¹¹⁸. Selon certains auteurs, en effet, «*ces matières [...] devraient être conçues uniformément dans la perspective du marché intérieur*»¹¹⁹. Partant, sans considérer que l'ensemble du droit des biens devrait intégrer l'instrument¹²⁰, il paraît opportun de prendre partie sur un certain nombre de questions relevant du droit patrimonial, tant leurs liens avec le droit des obligations sont importants¹²¹. Une telle proposition semble d'ailleurs se justifier à l'égard de l'objectif poursuivi par la création de l'instrument de droit européen: diminuer les coûts de transactions. Il a ainsi été remarqué que «*souvent les entraves les plus importantes au déroulement normal des transactions provenaient, non pas des différences du droit des contrats, mais des règles touchant au transfert de la propriété et aux sûretés. C'est pourquoi, il serait vain d'espérer un «plus» de sécurité et une diminution des «coûts» des transactions pour les contrats de livraison de marchandises sans uniformiser ces matières*»¹²².

Tout d'abord, afin de déterminer précisément le champ d'application de l'instrument, il conviendrait d'inclure une disposition proposant une distinction

117 À défaut de *lex contractus* la loi applicable peut être celle du pays où les parties ont leur résidence habituelle (§2), celle du pays dans lequel l'enrichissement s'est produit (§3), ou enfin, celle du pays avec lequel l'obligation présente les liens les plus étroits (§4).

118 V. à ce sujet l'étude lancée par la Commission, sur les demandes du Parlement et du Conseil, le 9 août 2002, JO S 154-122573.

119 C. VON BAR, «Le groupe d'études sur un code civil européen», *RIDC* 2001, p. 127 et s., spéc. p. 131. Cette conception a d'ailleurs guidée les auteurs du DCFR qui envisagent ces règles dans le livre VIII intitulé *Acquisition and loss of ownership of goods*.

120 À titre d'exemple, le droit des servitudes ou la gestion de l'indivision ne semblent pas avoir vocation à intégrer l'instrument, en ce que leur lien avec le droit des contrats n'apparaît suffisamment étroit.

121 Sur les liens entre le droit des contrats et droit des biens, V. par ex. E. BURDIN, *Vendre la nue-propriété sans réserver l'usufruit ne vaut*, note sous, Cass. civ. 3^e, 28 janvier 2009, *LPA* 30 septembre 2009, n° 195, p. 8; R. LIBCHABER, obs. sous Cass. civ. 3^e, 23 septembre 2009, *Defrénois*, 15 janvier 2010, n° 1, p. 104.

122 H.-J. SONNENBERGER, «L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires? Quels problèmes suscitent-elles? Réflexions sur la Communication de la Commission de la CE du 11 juillet 2001 et la Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001», *RCDIP* 2002, p. 405.

claire entre les biens meubles et immeubles¹²³. Ensuite la question se posera de savoir si celui-ci sera applicable aussi bien aux transactions mobilières qu'immobilières. Par principe, le DCFR exclut de son champ d'application les questions relatives à la propriété et aux sûretés immobilières¹²⁴. Pour autant, cette exclusion de principe connaît quelques exceptions. Ainsi, le Chapitre 3 de la Partie C du livre IV propose un modèle de règles applicables au contrat de construction et vise alors explicitement la matière immobilière¹²⁵. L'intégration de telles dispositions, notamment dans l'hypothèse d'un instrument optionnel laisse toutefois quelque peu dubitatif¹²⁶. L'abondance des dispositions impératives dans les différents droits nationaux – l'on pense par exemple à la garantie décennale ou à l'assurance construction – milite, en effet, pour une exclusion de ces questions du champ d'application de l'instrument. Aussi, comme il a pu être relevé, « *la possibilité d'opter en faveur du « second régime » permettrait d'échapper aux règles d'ordre public du droit national, si l'instrument présentait un niveau de contrainte plus faible. Cela risquerait de porter atteinte à la protection offerte par les droits nationaux aussi bien à certaines catégories de professionnels (entrepreneurs et sous-traitants) qu'aux consommateurs immobiliers* »¹²⁷. Sur cette question, l'on peut donc rejoindre la proposition d'un auteur qui affirme qu'en ce qui concerne les biens meubles, « *il pourrait être souhaitable qu'ils soient régis par des principes communs, tout du moins dans la mesure où les biens considérés relèvent du commerce international* »¹²⁸. Cependant, concernant les immeubles, « *qui ne relèvent pas du commerce transfrontières (sauf lorsqu'ils sont possédés par des sociétés immobilières, auquel cas ils sont représentés par des parts sociales, c'est-à-dire des biens meubles), il ne semble pas nécessaire, ni même utile, d'en unifier le régime, alors surtout que leur rattachement géographique s'accompagne nécessairement d'un grand nombre*

123 Pour l'heure, la proposition de règlement relative au droit commun européen du contrat de vente se limite à définir le terme « bien » lorsqu'il est employé par les différents articles de l'annexe I. L'article 2 h) dispose en effet que ce terme désigne « tout objet mobilier corporel à l'exclusion : (i) de l'électricité et du gaz naturel et, (ii) de l'eau et d'autres types de gaz à moins d'être conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée ». Une telle définition exclut donc mécaniquement les biens immobiliers du champ d'application de l'instrument.

124 DCFR, art. I.—1:101 (2) (f), « *[These rules] are not intended to be used, or used without modification or supplementation, in relation to rights and obligations of a public law nature or, except where otherwise provided, in relation to the ownership of, or rights in security over, immovable property* ».

125 DCFR art IV. C. – 3: 101 (1), « *This Chapter applies to contracts under which one party, the constructor, undertakes to construct a building or other immovable structure, or to materially alter an existing building or other immovable structure, following a design provided by the client* ». Il peut ici être noté que cet article, en prévoyant que ces règles ne s'appliquent qu'autant que le maître de l'ouvrage a fourni les plans exclut de son champ d'application les contrats d'immeubles à construire.

126 Pour une critique de la démarche consistant à intégrer les questions de droit immobilier dans l'instrument, V. H. PÉRINET-MARQUET, B. KOHL, B. MALLET-BRICOUT et J. Sénéchal, *Le secteur immobilier face au développement du droit européen des contrats – position sur le livre vert du 1^{er} juillet 2010*, disponible sur le site de la Commission à l'adresse : http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/280_fr.pdf.

127 H. PÉRINET-MARQUET et *alii*, préc., p. 9.

128 Ph. MALINVAUD, « Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *D.* 2002, p. 2542.

de formalités qui dépendent du lieu de situation de l'immeuble (publicité foncière, fiscalité locale, intervention nécessaire de certains professionnels du droit, etc.) »¹²⁹.

Il conviendrait donc de limiter les dispositions relatives au droit des biens au seul droit des biens meubles entretenant une relation avec le droit des contrats. Aussi, l'instrument ne saurait-il, par exemple, faire l'économie de dispositions relatives au transfert de propriété et aux sûretés réelles mobilières. Concernant le premier point, l'instrument devra opter pour une conception du transfert de propriété¹³⁰. Si la question du choix du mode de transfert – abstrait ou causal – s'avère particulièrement épineuse¹³¹, ses conséquences pratiques sont nombreuses. C'est, en effet, la conception retenue qui dicte la façon dont se réalise le transfert : soit par la remise de la chose, soit par l'échange des consentements¹³². L'absence de telles dispositions imposerait, en cas d'absence de prévision des parties, l'application des règles de droit international privé. Or, en la matière la détermination de la loi applicable – *lex rei sitae* ou *lex contractus* – n'est guère évidente¹³³. En outre, il paraît indispensable que l'instrument propose une réglementation des sûretés réelles mobilières¹³⁴ et donc plus précisément de la réserve de propriété¹³⁵, du droit de rétention et du gage. D'une part, cela permettrait notamment de remédier au problème suscité par la disparition de la sûreté au moment où le bien est transféré d'un État à l'autre¹³⁶. D'autre part, cela éluderait les questions liées à la

129 *Ibid.*

130 La proposition de règlement relative au droit commun européen de la vente, tout en renvoyant au droit interne quant à la conception retenue du transfert de propriété, semble l'analyser comme une obligation (Art. 91, b : « [le vendeur s'oblige] à transférer la propriété du bien »).

131 La Convention sur la Vente Internationale de Marchandises ne prend pas parti sur la question Le DCFR consacre pour sa part le livre VIII au transfert de propriété (*Acquisition and loss of ownership of goods*). Il renvoie aux prévisions des parties et à défaut à la délivrance (art. VIII. – 2 : 101 (I) e). Enfin le Code européen des contrats prévoit que le contrat produit un effet réel à partir du moment de la livraison de la chose (art. 46).

132 Pour une minimisation de la distinction entre les deux modèles, V. R. SCHULZE, « Le droit privé commun européen », *RIDC* 1995, n°1, p. 7 et s., spéc. p. 16.

133 Sur ce point, V. par ex. L. D'AVOUT, *V° Biens, Rep. DIP Dalloz*, août 2009, n°46 et s. ; il peut être remarqué qu'en droit français, le débat est susceptible de se déporter sur la nature du transfert de propriété. Envisager le transfert comme une obligation – celle de donner – militerait pour un rattachement à la loi du contrat. À l'inverse le considérer comme un effet légal aurait tendance à le rattacher à la loi de situation du bien, en ce sens, V. BONNET, *Jsl. Civil Code*, 2^e App. Art. 711 à 717, fasc. unique, *Biens, Conflits de lois, application en matière civile*, 15 juillet 1999, n°88.

134 Rapp. J. HUET, « Nous faut-il un euro droit civil ? propos sur la communication de la Commission concernant le « droit européen des contrats », et, plus généralement, sur l'uniformisation du droit civil au niveau européen », *D.* 2002, p. 2611, spéc. n°2, « si l'on envisage les choses d'un point de vue économique, ce qui est à n'en pas douter celui des autorités européennes, on peut hasarder l'appréciation suivante : autant il semble utile de couvrir des matières comme le droit des contrats, voire certains aspects du droit des sûretés, autant il paraît superflu de couvrir d'autres domaines comme le droit de la responsabilité et, à l'évidence aussi, le droit de la famille ».

135 Sur les différences entre droit français, anglais, allemand, suédois, et danois, sur la conception et la mise en œuvre de la réserve de propriété, V. M.-B. ELMER et L. SKOVY, « Vers un droit européen des biens et des obligations », *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1999, p. 87 et s., spéc., p. 94 et s.

136 V. par ex. le problème créé par la sûreté allemande « *Sicherungsübereignung* » (transfert de propriété à titre de garantie) disparaissant lors du passage de la frontière autrichienne,

détermination de la loi applicable susceptible de varier en fonction du problème posé, puisque peuvent trouver à s'appliquer la *lex contractus*, la *lex rei sitae*, voire, en ce qui concerne la constitution de la sûreté, la loi de la forme, ou en matière de procédure collective, la *lex concursus*¹³⁷.

L'idée n'est donc pas de proposer un code excessivement détaillé¹³⁸, mais un instrument regroupant suffisamment de règles, même dépassant le droit des contrats au sens strict, afin de permettre aux parties désirant y soumettre leur convention de jouir d'un *corpus* de règles limitant au maximum l'application de tel ou tel droit national. Seul un instrument de droit européen des contrats¹³⁹ suffisamment attractif pour les contractants pourra faire long feu. Or si l'attractivité dépendra avant tout de la qualité d'écriture des règles formulées, elle sera également subordonnée à l'aspect véritablement systémique de ces dernières.

Conclusion: l'opportunité d'un Code européen des obligations... un débat d'ores et déjà clos?

Abordant le phénomène de la codification, le Doyen Carbonnier affirmait qu'elle « *est plus qu'un multiple de la loi. Il y a en elle un esprit de système et de totalité, une intention de renouveau (politique), en même temps qu'un espoir d'arrêter le cours de l'histoire* »¹⁴⁰. La logique d'une codification au niveau européen paraît légèrement différente. Ce code devrait, bien entendu préserver cet « *esprit de système et de totalité* », gage de son efficacité. Toutefois, la démarche consistant à proposer un instrument optionnel de droit des obligations ne pourrait, semble-t-il prétendre « *arrêter le cours de l'histoire* ». Conçu dans la perspective de faciliter la réalisation du marché commun et dans une logique de diminution de coûts de transaction, il ne marquerait vraisemblablement pas non plus l'avènement d'un « *renouveau politique* ». Dans cette conclusion, le conditionnel est ici vraisemblablement employé à tort, tant il est probable que le débat sur le principe et l'opportunité de la création d'un instrument de droit européen soit aujourd'hui devenu obsolète. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à la démarche de la Commission. Le mandat confié par celle-ci en 2010 à un groupe d'experts, de réaliser une étude de faisabilité sur un instrument de droit européen des

Communication au Parlement européen et au Conseil, du 12 février 2003, JOUE 2003/C 63/01, n°45.

137 Sur la question, V. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, Litec, 9^e éd., 2010, n°11.

138 Pour une telle proposition G. DE GEEST, « Towards an (extremely detailed) international standard code », S.E.C.O.L.A., *Communication from the Commission on european contract law (harmonisation, code, optional code)*, Conférence de Louvain les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001, ronéo, cité S. Nadaud, *op. cit.*, n°444 et s.; Adde, les observations sur cette proposition de Ph. MALAURIE, *Le code civil européen des obligations et des contrats – une question toujours ouverte*, JCP 2002, I, 110.

139 Le champ d'application préconisé, ne se limitant pas au seul droit des contrats, l'expression d'« *eurocode du patrimoine* » (empruntée à C. Witz, préc.), paraît plus adaptée.

140 J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 1, *Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004, n°113.

contrats pour « *explorer des pistes en vue d'améliorer le droit des contrats au sein de l'Union Européenne* » a abouti le 3 mai 2011 à un véritable « *projet clé en mains* »¹⁴¹. Quelques mois plus tard, s'inspirant très fortement de cette étude de faisabilité, elle a transmis une proposition de règlement au Parlement et au Conseil. Derrière cette démarche (qui peut paraître condamnable¹⁴²), la Commission adresse un message : les réticences de la doctrine n'y feront rien, l'Europe se dotera bien d'un instrument de droit des contrats.

141 Selon l'expression de H. CLARET, G. PIGNARRE, et groupe de travail du CDPPOC, « Les Méthodes de la commission : À quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint? », *D.* 2011, p. 198.

142 H. CLARET et G. PIGNARRE, *préc.*

LE TRÈS SPÉCIAL AVANT LE GÉNÉRAL : L'IMPOSSIBLE DROIT COMMUN

LOUIS-FRÉDÉRIC PIGNARRE

Vingt-six milliards d'euros par an ! Ce sont l'équivalent du volume d'échanges intra Union européenne perdus chaque année. Les responsables sont désignés : les droits nationaux. Par leur multiplicité et leur diversité, ils découragent et entravent les transactions transfrontières. Alors qu'importe les moyens, il est impératif de remédier à cette situation. La proposition de la Commission pour un droit commun de la vente s'inscrit parfaitement dans cette perspective. Une harmonisation minimaliste, pour une économie substantielle, l'initiative peut séduire à l'heure où la consommation est en berne et la zone euro en récession. L'harmonisation du droit européen des contrats apparaît comme la nouvelle arme pour la relance de l'économie¹. « Pour les professionnels, il est synonyme d'allégement des formalités administratives et des coûts de transaction, et concourt ainsi à augmenter le commerce transfrontière et stimuler la croissance de l'économie européenne »². Sans aucun doute, ceci explique-t-il la célérité, voire l'empressement, des organes européens à proposer un instrument commun. L'argument économique aura eu raison des résistances nationales les plus vives. La crise présente au moins cette vertu de fédérer les volontés politiques : après avoir longtemps fait figure d'arlésienne, le droit européen des contrats est en passe de devenir une réalité tangible.

Au point de départ – la « Création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises » – en application de la vaste consultation lancée le 1^{er} juillet 2010 par la Commission européenne³. Restreint aux seules relations économiques, ce projet de droit européen des contrats n'entend donc pas

1 L'examen annuel de la croissance qui a inauguré le premier semestre européen de la coordination des politiques économiques a mis en évidence le potentiel de stimulation de la croissance et des échanges sur le marché unique que recèle un instrument juridique de droit européen des contrats : Voir la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Examen annuel de la croissance – *Avancer dans la réponse globale apportée par l'Union européenne à la crise*, COM(2011)11 final du 12.1.2010.

2 Communication de la Commission au parlement européen du 11.10.2011, COM(2011) 636 final, p. 14.

3 La Commission européenne a publié, le 1^{er} juillet dernier, un livre vert consacré aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises. V. sur cette question : « Vers un droit européen des contrats ? Réponse au livre vert de la Commission européenne », *RLDC*, juillet/août 2011, p. 67 et s.

se préoccuper des relations interindividuelles qui gouvernent les rapports entre particuliers. Pourtant, le glissement opéré (volontairement?) par la Commission incline à penser le contraire. Plaçant l'ensemble de ses travaux sous l'égide des principes du droit commun des contrats, cette dernière semble concevoir l'harmonisation du droit des relations économiques comme la première étape d'un processus plus global de codification du droit européen des contrats. La Commission envisage l'élaboration de ce *corpus* juridique par strates successives. Aujourd'hui un droit commun de la vente, demain un droit européen des contrats de prestations de service, puis un droit des relations économiques... et dans le futur un droit commun des contrats.

La démarche adoptée ne convainc doublement pas. Le droit des contrats est une institution à part entière dotée d'une logique et d'une cohérence propre. C'est jouer à l'apprenti sorcier que de modifier certains rouages sans envisager les répercussions sur l'ensemble de la matière. On ne saurait approuver un droit commun de la vente comme préalable à un droit des relations économiques (I), ni un droit des relations économiques comme préalable à un droit commun des contrats (II).

I - Un droit commun de la vente comme préalable à un droit des relations économiques

La vente, le plus « usuel » des contrats, aura l'honneur des feux de la rampe. Érigé en véritable modèle, cet acte ouvre le bal de la codification européenne. Prenant à rebours nos modes de pensée traditionnels, la commission a choisi de partir du spécial pour remonter au général. Outre les incertitudes qui s'attachent à ce type de raisonnement, le succès d'une telle entreprise apparaît d'autant plus douteux que ce droit spécial est doté d'un simple caractère facultatif. Du spécial au général d'abord (A), du spécial non général ensuite (B).

A) Du spécial au général

Une harmonisation au rabais... tel pourrait être le constat au lendemain de la Proposition, par la Commission au parlement européen, d'un droit commun de la vente. Après avoir affiché son ambition de procéder à l'édification d'un droit des relations économiques et après avoir organisé une vaste consultation en ce sens, la Commission nous livre un projet surprenant⁴. Beaucoup de bruit pour pas grand-chose diront les pessimistes. Peut-être pas. Ce droit commun de la vente n'est que la face visible de l'iceberg, la première étape d'un processus qui ne va avoir de cesse de se développer et qui va conduire, dans un futur proche, à voir émerger, sur ce modèle, différents instruments normatifs réglementant tel ou tel autre aspect des relations économiques. Or c'est précisément cette démarche qui

⁴ Voir déjà sur la perspective ambitieuse d'une codification d'un droit européen des contrats réduite à la mise en exergue des points fondamentaux de convergence du droit des contrats dans un cadre commun de référence: C. AUBERT DE VINCELLES, B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD ET J. ROCHFELD, «Droit européen des contrats, Évolutions et circonvolutions...», *Dr. et patrimoine* 2007, p.38 et s.

est contestable. Pareil schéma de pensée conduit à concevoir le droit européen des relations économiques comme une juxtaposition de règles disparates. Le général va ainsi se réduire à l'addition de différents textes spéciaux ! C'est la cohérence même de ce droit qui est en péril.

Plus fondamentalement encore, la démarche adoptée – qui consiste à réglementer de manière marginale un type d'acte – pêche en ce qu'elle est inadaptée aux réalités économiques. Comment ne pas voir que les relations commerciales sont par nature complexes, qu'elles ne peuvent que rarement rentrer dans le moule d'un contrat type prédéfini. À suivre la logique de la Commission il faut conclure que les partenariats non stéréotypés doivent être privés du bénéfice de ce droit des relations économiques. En procédant de la sorte n'entrave-t-on pas la croissance que précisément l'on cherchait à soutenir ? C'est ici le principal grief qui découle de la logique ascendante retenue par la Commission. En partant du spécial pour remonter au général on s'expose à réduire ce dernier à un rôle de contenant vide de contenu propre... Le général n'est rien d'autre que la somme des contenus des droits spéciaux. Il s'ensuit que le système juridique ainsi bâti encadre la liberté contractuelle des acteurs économiques en les incitant à mouler leurs prétentions dans les seuls cadres prédéterminés.

Pourtant, il y avait place, nous semble-t-il, pour un droit général des relations économiques fondé sur des principes communs à l'ensemble des contrats spéciaux structurant le marché européen. Ne pouvait-on pas concevoir une harmonisation complète reposant sur les principes directeurs que sont la liberté contractuelle, un niveau élevé de protection du consommateur, le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité pour ne citer que les plus connus ? Afin de promouvoir le développement du marché intérieur et de soutenir la croissance, l'élaboration d'un véritable Code européen des relations économiques aurait été plus souhaitable. Cela aurait permis de regrouper en un même recueil l'ensemble des règles permettant l'optimisation du marché intérieur. Unies par une finalité commune, les dispositions de nature consuméristes et commerciales auraient ainsi pu être compilées dans un même *instrumentum*. D'un point de vue structurel, ce Code européen des relations économiques aurait pu être conçu suivant une logique arborescente⁵. Le socle aurait été constitué par le droit commun des

5 Comp. J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 279s. v. spéc. p. 302s, et les développements consacrés à « *L'arbre et le rhizome : De l'hypostase à la vérité métaphorique* ». L'auteur a recours à la métaphore du « rhizome » qu'il préfère à celle de « l'arbre », tant cette dernière lui paraît « *prétendre décrire la réalité en oblitérant toute distance entre le comparé et le comparant et en minimisant la part de construction et de fiction qu'elle recèle* » (p. 303 ; p. 304s). Pour J.-P. CHAZAL, l'image du rhizome serait « *mieux à même de dire comment le droit est à la fois un et multiple, structuré et enchevêtré* » (p. 304 ; v. aussi p. 307 à 309). Si l'on ne peut qu'approuver le raisonnement de l'auteur d'un point de vue heuristique et herméneutique, il nous semble néanmoins, que dans une perspective de codification, utiliser les divisions du droit en ayant recours au phénomène d'arborescence, présente l'avantage, au regard de l'accessibilité et de l'effectivité de la règle de pouvoir trier, classer, ordonner plus simplement les règles constitutive du (futur) ordre juridique européen.

relations économiques⁶ et celui-ci se serait décliné en différents droits spéciaux qui, à l'instar des branches et ramifications, seraient venus se greffer sur le tronc exprimant ainsi l'unité par-delà les singularités.

Telle n'a cependant pas été la voie empruntée par la Commission. Délaissant la théorie générale, elle a décidé de fonder l'élaboration de ce droit des relations économiques sur le modèle d'un contrat spécial. Certes, on peut rétorquer que le projet de droit commun de la vente intègre les principes directeurs sur la base desquels il était proposé d'édifier la théorie générale. Pour autant, on ne saurait s'en satisfaire pleinement. Une chose est de poser des exigences générales gouvernant le droit des relations économiques, une autre est de tirer les conséquences de ces règles fondatrices dans le cas particulier de certains contrats types. En outre, la démarche de la Commission comporte un risque. Elle s'expose, plus ou moins consciemment, à travestir ces principes directeurs et à en redéfinir le contenu à travers le prisme du seul contrat de vente sur lequel elle fonde son raisonnement. Il est beaucoup plus difficile de s'abstraire du cas particulier pour dégager le principe général que de procéder de manière inverse. Il suffit pour s'en convaincre de transposer le raisonnement au droit interne. Peut-on envisager un droit des contrats spéciaux en l'absence de théorie générale des contrats? Serait-il, par exemple, concevable de théoriser le mécanisme du transfert de propriété et de l'obligation de «*dare*» uniquement en raisonnant à travers le prisme de la vente?

Si elle ne convainc pas, la méthode retenue peut néanmoins s'expliquer de deux façons. En premier lieu, elle traduit la prudence des organes européens dans le processus d'harmonisation. La vente fait figure de «*contrat test*». Plutôt que de se risquer à une harmonisation d'ensemble dont elle ne maîtrise pas tous les paramètres, la Commission procède de manière expérimentale, dans un domaine circonscrit. Sans doute avisera-t-elle, par la suite, en fonction des résultats obtenus. En second lieu, cette méthode est le reflet de la méfiance des États membres à l'égard de l'harmonisation du droit européen⁷. La Commission a fait le choix d'une harmonisation minimale susceptible d'être acceptée plutôt que de tenter une harmonisation globale sans doute vouée à l'échec⁸. Prudence et méfiance : il en résulte une méthode d'harmonisation théoriquement contestable mais, paradoxe remarquable, pour ces mêmes raisons, susceptible d'être adoptée!

6 Le droit commun aurait pu exposer non seulement l'ensemble des fondements et principes gouvernant les relations économiques mais encore détailler les raisonnements et mécanismes fondateurs de la matière. La réalisation du marché intérieur est à la fois la finalité recherchée et une réalité à encadrer. Sans prétendre à l'exhaustivité, la protection de la partie faible, le respect du libre jeu de la concurrence, la sécurité des transactions, les garanties d'exécution, les devoirs des contractants ainsi que la prise en compte de leurs droits fondamentaux, sont autant d'exigences qui sous-tendent un tel corps de règles. Les fondations ainsi établies auraient constitué un cadre de référence pour la mise en œuvre des règles spéciales.

7 En atteste le fait que le Parlement européen et le Conseil ont conservé les directives relatives aux clauses déloyales et aux voies de recours en matière de vente, textes qui permettent aux États membres de compléter, à des degrés divers, le socle de droits harmonisés.

8 B. FAUVARQUE-COSSON, «*Projet de cadre commun de référence: la chambre des Lords ne cache pas son manque d'enthousiasme*», *RDC* 2010, p. 731.

B) Du spécial non général

Spécificité de ce droit commun de la vente, les normes qu'il édicte ont un caractère facultatif⁹. Pour le dire autrement, il appartient aux partenaires économiques qui le souhaitent de se soumettre à ce corps de règles nouveau. Ainsi deux personnes dans une situation exactement similaire pourront relever de deux régimes juridiques sensiblement différents selon qu'elles auront ou non opté en faveur de l'instrument européen. Le droit européen de la vente va ainsi se juxtaposer aux différents droits nationaux de la vente. Peut-on, dans ces conditions, encore parler d'harmonisation? Une réponse négative s'impose. Le phénomène d'harmonisation suppose, par définition, que les États renoncent aux spécificités de leurs droits nationaux pour adopter en lieu et place des règles communes. L'adoption d'un texte commun coexistant avec les différents droits nationaux restés inchangés ne caractérise pas, à proprement parler, une harmonisation du droit. Tout au plus, peut-on y voir la première étape d'un processus qui, éventuellement, à terme, conduira à la substitution – au moins partielle – des droits nationaux par cette règle commune. Alors seulement, il conviendra de parler d'harmonisation. Étant précisé que celle-ci ne sera jamais totale, le droit commun de la vente soumettant expressément certaines questions à la compétence des droits nationaux. Il en est ainsi s'agissant des règles relatives à la capacité juridique, à l'illégalité et à l'immoralité, à la représentation et à la pluralité de débiteurs et de créanciers. On ne manquera pas de remarquer à cet égard que ces questions relèvent toutes de la théorie générale des contrats. Singulière coïncidence qui illustre les difficultés – mises en exergue précédemment – attachées à la réglementation d'un contrat spécial en l'absence de théorie générale...

On est bien loin, pour l'heure, d'une mise en accord des droits nationaux. Le droit commun de la vente, en raison de son caractère facultatif, va augmenter plus encore le désordre normatif des États membres¹⁰. L'optimisation du marché intérieur européen ne peut se satisfaire d'un instrument facultatif. Ce marché se voulant unique, les règles le régissant doivent appartenir à un même corps et répondre à une logique commune. A la diversité des transactions doit répondre une unité de système normatif. La superposition des différents systèmes juridiques à laquelle conduit la solution retenue est contre-productive au regard des objectifs assignés. Le but de la Commission n'est-il pas de proposer un instrument permettant de pallier les insuffisances révélées par la multiplicité des droits nationaux? Rajouter un corps de règles supplémentaires tout en maintenant celles existantes apparaît dans cette perspective, quelque peu douteux. À ce grief d'ordre « quantitatif » vient s'en ajouter un second de nature « qualitative ». Avec le caractère

9 D. STAUDENMAYER, « Un instrument optionnel en droit européen des contrats? », *RTD civ.* 2003, p. 629. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « En faveur d'un régime optionnel », *RLDC*, juillet/août 2011, p. 76 et s.

10 R. LIBCHABER, « Réflexions sur le "désordre juridique français" », *Une certaine idée du droit, mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, p. 27 et s. V. aussi le « désordre normatif » que représente l'ensemble des textes communautaires, V. CONSTANTINESCO, « La codification communautaire du droit privé à l'épreuve du titre de compétence de l'Union européenne », *RTDE* 2008/4, p. 712.

optionnel de l'instrument, il appartient aux acteurs économiques de déterminer la norme applicable à leurs relations économiques. Ceci va conduire, sans nul doute, à une mise en concurrence des différents systèmes normatifs; ce qui est davantage nuisible que profitable au marché intérieur¹¹. En effet, pareille manière de faire porte en germe un risque de développement de *forum shopping* européen¹². De telles pratiques (dérives?), d'essences individualistes, semblent difficilement compatibles avec l'idée même d'un cadre commun de référence¹³. Dans le même temps, ce sont les chances de succès de cet embryon de droit européen des relations économiques qui sont compromises. Comment en effet concevoir l'effectivité d'un tel droit si celui-ci n'a pas vocation à régir l'ensemble des relations entre acteurs économiques? L'obligatorité de l'instrument conditionne sa généralité et par là même son efficacité. N'étant pas imposé, ce droit commun de la vente devra réussir à s'imposer de lui-même. Il lui faudra donc séduire afin d'être attractif. Dans cette perspective le nouvel instrument normatif devra apporter une véritable plus-value par rapport aux différentes législations nationales. Espérons que cela ne se fasse pas au détriment des principes fondateurs de l'acquis communautaire.

L'absence de généralité de ce droit européen de la vente transparaît encore lorsqu'on envisage son champ d'application. L'instrument mis à disposition a vocation à régir les seules situations contractuelles transfrontalières. Les relations économiques européennes seraient-elles si différentes des relations économiques propres aux États membres de sorte que les premières ne devraient pas être soumises aux mêmes règles juridiques que les secondes et réciproquement? Certainement pas. La réalisation du marché intérieur européen est traditionnellement conçue indépendamment de la réalisation des différents marchés nationaux des États membres. Pourtant, quel que soit le marché envisagé, il est question des mêmes relations économiques. Dès lors, on peut s'interroger sur l'opportunité de soumettre ces dernières à un corps de règles différent. Pour le dire autrement, il se pourrait que la réalisation du marché intérieur passe par l'abolition de cette distinction entre marché européen et marchés nationaux. D'un point de vue juridique, cela impliquerait de dépasser les droits nationaux applicables à la vente et de leur substituer les règles du droit commun. Naturellement, semblable proposition suppose d'admettre un certain nombre de bouleversements juridiques au nombre desquels figure la refonte de nos droits spéciaux. La commission en a d'ailleurs bien conscience puisqu'elle laisse aux États membres la possibilité d'étendre

11 S. VOGENAUER ET S. WEATHRILL, « La compétence de la communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats – une analyse empirique », *RDC* 2005, p. 1215.

12 Précisons toutefois que les acteurs économiques qui choisiront de soumettre leurs relations au droit commun de la vente se verront appliquer l'ensemble des dispositions. Il semble exclu que les contractants puissent écarter certaines règles.

13 La commission européenne elle-même considère que la multiplication des actes de droit privé dérivé dans le domaine du droit des contrats prolifère et que cette prolifération est source d'entraves au marché intérieur: V. la communication: *Un droit européen des contrats plus cohérent*, 12 févr. 2003, COM(2003)68 final, n°25. Adde C. WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.* 2000, p. 79 et s.; D. MAZEAUD, « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats? », *Mélanges X. Blanc-Jouvan*, SLC, 2005, p. 309 et s.

l'applicabilité de ce droit commun aux contrats de vente de droit interne. On ne peut s'empêcher de voir derrière ces méthodes toutes en douceur retenues par la commission, le souhait de cette dernière d'associer les États membres au processus d'émergence du droit des relations économiques. La diplomatie permet certes de ménager les susceptibilités, on doute néanmoins de son efficacité lorsque le souverainisme des États membres est en cause.

Ce droit européen de la vente est un droit commun qui présente l'originalité de ne pas être issu d'un processus d'harmonisation. Pourtant, opérant un renversement de perspectives, d'aucuns pourraient concevoir que ce droit conduise à l'harmonisation. S'il s'avère être performant, efficace et moins coûteux pour les acteurs économiques, ces derniers se détourneront de leurs législations nationales qui n'auront, par voie de conséquence, plus de raison d'être. Qu'il nous soit permis, toutefois, de douter raisonnablement d'une telle issue¹⁴. La démarche retenue par la Commission nous semble définitivement inadaptée.

II - Un droit des relations économiques comme préalable au droit européen des contrats

Le droit commun de la vente proposé par la commission constitue le premier volet du droit européen des contrats *pour les consommateurs et les entreprises*¹⁵. La précision terminologique est importante. L'instrument normatif en cours d'élaboration et auxquels concourt ce droit de la vente n'est pas un code s'appliquant indistinctement à tous les actes juridiques, indépendamment de la qualité des parties contractantes. Pour le dire autrement, il n'est pas un *Code européen des contrats*¹⁶. Aspire-t-il à le devenir? Cela ne fait aucun doute. Il suffit pour s'en convaincre de constater que, dans son livre vert, la Commission place constamment ses travaux sous l'égide du droit commun des contrats. À plusieurs reprises, elle opère un glissement d'un univers de référence à un autre¹⁷. Raisonnant sur les contrats concernant les consommateurs et les entreprises, elle en tire des

14 La commission est bien consciente des incertitudes attachées au succès de l'instrument normatif proposé. Ainsi écrit-elle : « *La Commission poursuivra également son étroite collaboration avec les parties prenantes, notamment avec les utilisateurs du droit commun européen de la vente (PME et consommateurs) ainsi qu'avec les professions juridiques pour parvenir à une acceptation générale du droit commun européen de la vente dans toute l'Union européenne parce que, compte tenu de son caractère facultatif, le succès du droit commun européen de la vente dépendra, en définitive, de l'effectivité et de l'ampleur de son application par les professionnels et les consommateurs aux transactions intervenant sur le marché intérieur* ». Communication de la Commission au parlement européen du 11.10.2011, COM(2011) 636 final, p. 14.

15 V. intitulé : *Livre vert de la commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*.

16 Sur les projets de Code européen de droit des contrats V. *Code européen des contrats, Avant-projet, Coordinateur, G. GANDOLFI (dir.)*, Livre premier Milan-Dott. A. Giuffrè Editore, 2004, Édition revue et corrigée par L. GATT. On ne manquera pas de remarquer néanmoins que la commission opère une confusion malheureuse tout au long de son document.

17 À titre d'illustration : la commission considère que « *un instrument instituant un corps de règles uniformes en matière de droit européen des contrats, aisément accessible dans toutes les langues officielles, pourrait être bénéfique aux entreprises [...] il pourrait être également considéré comme une alternative*

conséquences sur l'harmonisation européenne du droit des contrats... ce qui en dit long sur ses intentions futures peut-être difficilement avouables à l'heure actuelle! Mais là aussi la démarche ne saurait convaincre. Outre qu'elle procède encore une fois d'un raisonnement douteux partant du spécial pour remonter au général, pareille méthode conduit à brouiller les frontières entre le spécial et le général de sorte que l'on ne sait plus très bien si l'un et l'autre de ces droits recouvrent encore des réalités différentes ou si le second n'est pas absorbé par le premier. Du spécial au général d'abord (A) Du spécial en général ensuite (B).

A) Du spécial au général

L'instrument normatif européen a pour finalité la réalisation du marché intérieur. Les moyens d'action envisagés doivent donc permettre non seulement de consolider et d'optimiser les relations économiques déjà existantes, mais encore d'élargir leur nombre et leur intensité en accroissant le nombre d'acteurs intervenant sur le marché intérieur. Dans cette perspective, sont donc exclusivement concernés deux types de relations contractuelles: celles mettant aux prises les entreprises et les consommateurs et celles unissant les entreprises entre elles. La présentation faite par la Commission dans le livre vert est, à cet égard, particulièrement significative. Les enjeux de l'harmonisation normative ne sont envisagés qu'à l'aune des concepts de consommateurs et d'entreprises. C'est avant tout la qualité du contractant qui fait de lui un acteur du marché intérieur. Pareille interprétation n'est, au demeurant, pas surprenante dès lors que l'on se rappelle que les notions de consommateur et d'entreprise traduisent, en droit de l'Union européenne, une réalité économique plus que juridique.

Partant, l'idée de concevoir un Code européen des contrats à partir du droit des relations économiques apparaît quelque peu douteuse. Par essence, le caractère obligatoire du droit commun des contrats est indépendant de la qualité des personnes à qui il s'applique¹⁸. Il serait quelque peu incertain de concevoir, à partir d'une catégorie spécifique de personnes – les contractants (consommateurs ou entreprises) – des règles générales applicables *erga omnes*. En effet, la prise en compte de la situation particulière du consommateur¹⁹ ou de l'entreprise ne saurait dicter, de manière générale, un corps de règles qui s'imposerait, par exemple dans les relations contractuelles entre particuliers. Parce que toutes les

au droit des contrats des États membres et comme un régime de droit des contrats neutre et moderne, s'inspirant des traditions juridiques nationales communes... » Livre vert §3.2.

18 V. par exemple, *Les concepts contractuels à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, V. spéc. «L'ouverture» de Ph. RÉMY, p.3s et le «rapport de synthèse» de Ph. JESTAZ, p.263s. V. aussi, *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, C. PRIETO (dir.), Avant-Propos J. MESTRE, PUAM 2003, spéc. C. PRIETO, « Une culture contractuelle commune en Europe », p. 17s. H. ADIDA-CANAC, *Contribution à l'étude du droit communautaire des obligations*, (deux tomes), ANRT 2004.

19 V. ainsi, G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, « Le comportement du consommateur dans la définition du marché », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean-Calais Auloy*, Dalloz 2004, p. 227s.

situations juridiques ne puisent pas leurs sources dans des considérations d'ordre économique, il serait inopportun de concevoir un instrument normatif global à partir de considérations spécifiques propres à la réalisation du marché intérieur. Pour s'en convaincre, il suffit de se figurer que les principes fondateurs du droit des relations économiques sont difficilement transposables et adaptables à l'infinie variété des relations interindividuelles.

Le droit des relations économiques²⁰ a pour finalité d'apporter une réponse juridique à une question économique spécifique²¹. Ainsi qu'on a pu l'écrire : « le droit communautaire qui affecte le contrat n'est constitué que de règles qui procèdent de l'intégration juridique des marchés »²². Est-il souhaitable d'envisager une refonte du droit des contrats sur la base de critères marchands, décisifs pour la réalisation du marché intérieur, mais peu compatibles avec les valeurs actuellement fondatrices de notre droit²³ ? Une réponse négative s'impose. Penser autrement reviendrait à poser comme axiome que non seulement il existe une pensée juridique européenne susceptible d'être extrapolée²⁴, mais en outre que celle-ci repose sur des seules contingences économiques. Certes, il est difficile de nier que l'argument économique possède quelque force, en raison des liens étroits qu'entretient le droit des contrats avec les activités économiques²⁵. Le contrat est un instrument utile, voire essentiel, dans le marché²⁶. Pour autant, cette réalité ne doit pas éluder

20 D'aucuns se prononcent pour l'adoption d'un Code économique européen. V. sur cette question, D. VOINOT, « Pour un Code Économique Européen », *L'union européenne, Union de droit, union des droits, Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Manin*, éd. A. Pedone, Paris, 2010, p. 537s. ; L-F PIGNARRE, *RLDC*, juillet/août 2011.

21 Plus généralement, sur les rapports entre l'économie et le droit, v. L. VOGEL, « L'économie, serviteur ou maître du droit », *Mélanges offerts à A. Decocq, Une certaine idée du droit*, Litec 2004, p. 605s. L'auteur envisage successivement : « *L'économie, instrument du droit* » puis « *L'économie, finalité du droit* ».

22 L. BERNARDEAU, « Droit commun et droit des contrats, perspectives d'évolution », *Contrats, Concurrence, Consommation*, déc. 2001, p. 4s, p. 5 pour la citation.

23 Sur l'environnement politique et réglementaire européen, v. B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un code civil européen ? », *RTDciv.* 2002, p. 463 ; PH. MALINVAUD, « Réponse-hors délai à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *D.* 2002, p. 2542 et s. H.-J. SONNENBERGER, « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ? — Réflexions sur la Communication de la Commission de la CE du 11 juillet 2001 et la Résolution du parlement européen du 15 décembre 2001 », *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, 2002, P. 405s., spéc., p. 40 et s. ; et plus récemment, L. GRYNBAUM, « Un code, mais lequel ? », *RDC* 2008/2, p. 579 et s. ; « Quel droit européen des contrats pour l'Union européenne ? » Débats, *RDC* 2009/2, p. 767 et s. ; J.-S. BERGÉ, « L'hypothèse d'un 28^e droit européen des contrats », *RDC* 2010/4, p. 1401 et s.

24 Sur la pertinence d'une pensée juridique européenne : V. à ce sujet, A. WIJFFELS, Préface à l'ouvrage : *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Études réunies et présentées par A. WIJFFELS, Bruylant Bruxelles, 2005, Vs, spéc. VIIs. V. également, M. FONTAINE, « *Ius commune* et harmonisation du droit des contrats », *le Code civil entre ius commune et droit privé européen* précité, p. 75s. ; B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, coll. Droit privé comparé et européen, vol. 1, SLC, 2003.

25 D. MAZEAUD, « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ? », précité, p. 317.

26 D. TALLON, « Vers un droit européen des contrats ? », *Mélanges A. Colomer*, Litec 1993, p. 485s. ; J.-B. RACINE, « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification », *Rev., du droit de l'Union européenne*, p. 369s, spéc. n° 9ets.

la vision volontariste de l'acte juridique conçu comme une institution de droit naturel. Et ce d'autant plus que c'est précisément cette dernière vision qui fonde les différents droits des contrats des États-membres.

En outre, en procédant de la sorte, n'y a-t-il pas un risque, pour la Commission, de sombrer dans une démarche purement technocratique? Celle-ci, inadaptée aux traditions juridiques des États, compromettrait, le succès de l'entreprise et deviendrait plus dommageable qu'utile. Pour le dire autrement, la réalisation des objectifs actuels de la construction européenne ne saurait servir de prétexte à une atteinte aux exigences de la justice, de la sécurité juridique et *a fortiori*, de la démocratie²⁷. Parce que les contrats du droit de la consommation et les contrats commerciaux ne peuvent pas fournir un modèle pertinent pour le droit commun des contrats, le droit des relations économiques européen doit rester cantonné. On ne peut que souligner ici, comme le relevait déjà Oppetit, que la « parenté 'transdisciplinaire' des problèmes soulevés par la vocation d'un instrument juridique est d'établir et maintenir un certain équilibre entre des intérêts opposés et à graviter entre l'utile et le juste »²⁸.

B) Du spécial en général

Si le droit des relations économiques devait servir de base pour l'élaboration d'un droit commun des contrats en Europe, outre les bouleversements idéologiques qui révolutionneraient la matière, la structure même du droit des contrats serait remise en cause. L'adoption d'un Code européen des contrats fondé sur le droit des relations économiques conduirait inévitablement à transcender les distinctions actuellement fondatrices de la matière. Pour le dire autrement, semblable démarche conduirait à l'uniformisation totale. Uniformisation interne d'abord, uniformisation externe ensuite.

Dans un premier temps, au sein des États membres, les actes juridiques perdraient leur singularité qu'ils tenaient, auparavant, de leur nature civile ou commerciale²⁹. Par définition, « le modèle économique du contrat » fait fi de ces spécificités. Faut-il redouter une telle évolution? Non si avec Ripert on pense que « les contrats utilisés dans la vie commerciale sont les mêmes que ceux qui sont passés dans la vie civile. Pourquoi seraient-ils soumis à des règles différentes quant à la preuve ou à la compétence? On en donne comme motif le caractère particulier de la vie commerciale. Mais dans la société moderne l'esprit commercial domine la vie civile. Un régime uniforme serait en tout cas plus simple et donnerait satisfaction à l'idéal d'égalité et à l'esprit de logique »³⁰.

27 V. HEUZÉ, « À propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP G* 2002, I, 152.

28 B. OPPETIT, « Autour du contrat international », *in Rev. Droits*, 1990, n° 12, p. 107.

29 Sur l'opportunité de faire disparaître les disparités des droits nationaux des contrats: V.S. WHITTAKER, « L'instrument facultatif du droit européen des contrats et la liberté contractuelle », *RDC* 2011/2, p. 579 et s.

30 G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. I, LGDJ, 1994, p. 8, n°11.

Dans un second temps, entre les États membres, l'uniformisation s'opérerait sur « le modèle économique du contrat ». Or, il convient ici de se souvenir, que ce droit économique, façonné par touches successives, se réduit à une énumération de règles spéciales sans qu'aucune théorie générale n'ait été élaborée. Peut-on valablement concevoir que, demain, notre droit des contrats sera fondé sur de telles règles, par essence orphelines ? Outre que cela conduirait à généraliser des modèles spéciaux de contrats, c'est la question de la cohérence du système normatif ainsi construit qui se poserait. Un droit spécial des contrats comme droit commun... et *quid* de la théorie générale ? Première hypothèse, sans doute la plus infondée, ce droit européen des contrats s'en affranchirait. Conséquence irrémédiable, la liberté contractuelle deviendrait un concept vide de sens. Son contenu se limiterait au droit de choisir de conclure tel ou tel acte ayant fait l'objet d'une réglementation préalable. Deuxième hypothèse, plus vraisemblable, ce droit commun spécial des contrats viendrait s'articuler avec les diverses théories générales du contrat en vigueur dans les différents États membres. Finalement, serait généralisé, le système préconisé pour le droit commun de la vente. Qu'il nous soit permis de douter de l'opportunité d'une telle construction. Harmoniser les droits spéciaux du contrat tout en laissant survivre la diversité des théories générales est un non-sens. Le contrat est avant tout spécial par référence à une théorie générale donnée. Il y aura autant de contrats spéciaux que de théories générales... et donc, en procédant ainsi, aucune harmonisation n'est possible ! Un type de contrat ne peut pas, dans l'absolu, être commun et spécial.

Qu'importe, la Commission veut concevoir de nouvelles règles afin d'améliorer le marché intérieur. La croissance économique l'exige ! Ce qui est attendu c'est « une Europe de résultats »³¹. La fin justifie-t-elle tous les moyens ? Nous ne le pensons pas. Si comme on a pu le dire « les mots du droit sont des mots pour agir »³²... Oserons-nous en murmurer un à l'oreille de la Commission ? Renoncer !

31 J.-P. JACQUÉ, « Le Traité de Lisbonne. Une vue cavalière », *RTDE* 2008, p. 444.

32 PH. JESTAZ, cité par J.-P. GRIDEL, « Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen », *D.* 1999, chr. p. 139s, p. 142, pour la citation.

LES INCIDENCES CROISÉES DU DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS ET DU DROIT DES CONTRATS PUBLICS INTERNE

MARIE COURRÈGES

La personne publique est aujourd'hui bien plus que la simple institution autoritaire qui impose unilatéralement sa volonté ; si elle demeure celle-là, c'est presque à la marge de la tendance consumériste de ces dernières décennies, puisqu'elle est aussi grandement devenue une institution négociatrice. Initialement perçu comme bénéficiant d'un effet de mode¹, le contrat est désormais un instrument trivial du droit public. Appréhendé tant par le droit interne que par le droit européen, il traduit inexorablement un renouveau du style de l'action publique, et va de pair avec la disqualification de la loi et la récusation de l'État centralisateur. C'est à la faveur de cette refonte du paysage du droit public que la matière des contrats publics nationaux a rapidement évolué².

En premier lieu, de – trop – nombreuses catégories contractuelles ont émergé³. Traditionnellement, les marchés publics permettaient à l'Administration de se doter des moyens nécessaires à son action, tandis que les délégations de service public tendaient à assurer la gestion d'une activité. Mais à côté de ces deux figures emblématiques du droit des contrats publics, les baux emphytéotiques administratifs (BEA), contrats de crédit-bail ou contrats de partenariat sont des contrats globaux désormais de plus en plus souvent mis en œuvre pour la gestion du domaine public, des services publics, ou pour le financement, la construction et l'exploitation d'infrastructures. La liste est loin d'être exhaustive : certains contrats sont conclus directement entre l'Administration et les usagers pour la fourniture de prestations (exemple des contrats d'abonnement) ou pour la délivrance d'autorisation (occupation privative de dépendances du domaine public telle que la concession de voirie) ; les contrats de recrutement d'agents publics permettent

1 En ce sens, voir F. TIBERGHIEU, « Le Conseil d'État et le droit communautaire des contrats », *Gaz. Pal.*, 14 février 2009, n°45, p. 16.

2 Par *contrat public*, nous entendrons l'ensemble des contrats des personnes publiques et des personnes privées sous contrôle public. Cette notion a pour avantage sur celle de *contrat administratif* de ne pas tenir compte de l'objet ou du contenu des clauses contractuelles mais exclusivement de l'identité des parties. Si le premier justifie l'existence de règles protectrices à l'égard de la personne publique, le second justifie des règles ayant pour objet la protection du service public.

3 Rappelons que nombre de contrats conclus par l'Administration sont des contrats de droit privé (contrat de vente de véhicules, garantie d'emprunt, contrat de transport de malades...) et relèvent du régime du droit commun.

de disposer, à la marge des fonctionnaires – qui restent dans une situation légale et réglementaire –, de moyens humains nécessaires à l'accomplissement de la mission des personnes publiques; les contrats d'emprunt ou les offres de concours – par lesquels une personne privée contribue à une opération administrative à laquelle elle trouve intérêt – occupent une place non négligeable pour le financement des activités publiques; enfin, des procédés originaux servent à coordonner les politiques publiques; il s'agit par exemple des contrats de ville, contrats de plan État-région, et plus généralement de tout contrat passé entre deux personnes publiques pour la mise en œuvre d'une stratégie locale⁴. Pour le novice comme pour le juriste averti, cette énumération interpelle: le désordre qui s'est emparé de la discipline est évident; il n'est d'ailleurs que trop fréquemment dénoncé par les pouvoirs publics ou la doctrine. Et la multiplication des montages contractuels complexes fournit autant de possibilités de figures contractuelles qu'il est permis de l'imaginer, accentuant ainsi l'incertitude et l'insécurité juridiques des parties. À y regarder de plus près, dans le domaine de la commande publique, une réglementation rigoureuse, élaborée de façon empirique, a pourtant permis d'encadrer efficacement les procédures de passation, mais elle est telle aujourd'hui que sa lourdeur constitue un obstacle à l'efficacité de l'achat public. La soudaineté avec laquelle la matière a prospéré a donc eu pour conséquence directe une complexification des données⁵.

En second lieu, la «communautarisation» du droit des contrats publics a profondément bouleversé sa structure⁶. Le droit national, bien que n'ayant pas encore pleinement intégré toutes les virtualités du droit européen, œuvre inexorablement pour se conformer à ce dernier, qui affirme avec toujours plus de détermination sa prééminence. Et paradoxalement, à l'heure où le droit interne persiste à disperser les notions, le droit supranational s'efforce de les rendre plus claires et accessibles. Le droit européen devrait donc être en mesure de fournir les clés d'une simplification du droit des contrats publics interne. Quoi qu'il en soit, la

4 Dans la mesure où tous ces contrats ne traduisent pas les mêmes enjeux économiques, il sera le plus souvent traité des trois contrats «classiques» de la commande publique, à savoir les marchés publics, délégations de service public, et contrats de partenariat.

5 Face à ce constat, il est permis de se demander dans quelle mesure le droit des contrats de commande publique ne pourrait pas être banalisé, et se voir appliquer un régime identique à celui des entreprises privées. Mais la pratique des seuls marchés publics a ceci de spécifique qu'elle s'effectue dans un contexte éminemment différent de celui dans lequel interagissent les entreprises privées. Les marchés publics de l'État, pour ne citer qu'eux, influencent à ce point l'économie nationale que l'évaluation des besoins est essentielle, et que la concurrence entre entreprises soumissionnaires doit jouer pleinement. La lutte contre la corruption doit y être plus présente qu'ailleurs, l'influence du pouvoir politique sur toute prise de décision doit être rigoureusement encadrée pour favoriser la rationalité économique et ainsi protéger efficacement les deniers publics. Au final, l'intérêt général imprègne et irrigue la matière; il doit être préservé par une réglementation suffisante mais qui se voudrait aujourd'hui plus accessible, compromis auquel n'est pas encore parvenu le législateur national.

6 Rappelons qu'aux côtés des règles européennes se sont développées des normes internationales telles que celles de l'OMC qui complètent notamment le dispositif applicable aux contrats de commande publique.

matière est désormais largement saisie par le droit de l'Union⁷, le contrat restant le support juridique par excellence d'un marché d'échange. La « *supranationalisation* » des sources du droit des marchés publics et délégations de service public est fréquemment évoquée par la doctrine⁸. Mais si cette affirmation résonne comme un truisme, il n'en a pas toujours été ainsi. Il y a quelques années encore, « *la matière contractuelle publique française [était] moins influencée par le droit communautaire européen naissant que ce dernier n'[était] influencé par les principes français de droit public contractuel* »⁹. L'inversion des rapports est désormais aisément perceptible, le droit de l'Union constitue le principal moteur des réformes nationales en matière de contrats publics. Cette marche en avant a été amorcée dans les années 1980 : les premières directives, qui avaient institué un dispositif d'encadrement de certaines catégories de marchés¹⁰, se sont avérées peu efficaces en raison de la résistance de la majorité des États-membres qui souhaitaient préserver leurs intérêts nationaux. Les institutions communautaires ont alors décidé de faire face à cette situation, adoptant des mesures plus contraignantes devant la perspective de l'accélération de la construction européenne liée à la signature de l'Acte Unique Européen. C'est parce qu'elles prévoient désormais des procédures de recours efficaces pour assurer leur respect que les nouvelles directives ont permis l'essor d'un véritable droit européen des contrats publics, et plus exactement de la commande publique. Celui-ci a alors progressivement imprégné tant la forme que le fond du droit national¹¹, directement ou de façon plus implicite, dès lors que c'est le droit interne lui-même qui s'inspire aujourd'hui spontanément du droit supranational, selon la méthode du *spill over effect*.

Finalement, il semble possible d'affirmer que le droit de l'Union n'est plus susceptible d'imposer de grands bouleversements au système français de contrats publics : ce dernier a déjà intégré la plupart des exigences européennes. Il devrait seulement lui fournir l'occasion d'une interprétation renouvelée permettant, dans un cadre juridique général sensiblement identique, une simplification des données. Mais au-delà de cet aspect, l'on peut désormais considérer sur un tout autre plan la question des rapports du droit européen et du droit interne des contrats publics : au

7 L'enjeu économique que représentent les contrats de commande publique contribue très certainement à leur prise en compte par le droit européen : leur passation inonde le marché commun à hauteur de 16% du PIB de l'Union.

8 Cf. E. DELACOUR, « Les sources du droit des marchés publics et des délégations de service public », *LPA*, 2 février 2000, n° 23, p. 4.

9 M. GUIBAL, « Droit public des contrats et concurrence : le style européen », *JCP*, 1993, I, p. 161. Le Code des marchés publics a initialement été une source d'inspiration majeure du droit communautaire des marchés publics avant que ce dernier ne devienne à son tour l'instigateur de l'évolution du droit national.

10 Cf. les directives n° 71/305 du 26 juillet 1971 (*JOCE*, 16 août 1971) et n° 77/62 du 21 décembre 1976 (*JOCE*, 15 janvier 1977).

11 En droit interne, le choix a été fait de ne pas laisser subsister les règles européennes en marge de la législation existante, mais de fonder celles-ci aux dispositions internes, pour une intégration des plus efficiente. Sur le fond, le droit supranational n'a eu de cesse d'influer sur les notions ou régimes en vigueur (voir *infra*). En ce sens, voir F. LICHÈRE, « L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats publics », *LPA*, 19 avril 2007, n° 79, p. 29.

vu des évolutions actuelles tendant à la constitution d'un droit commun européen des contrats, il n'est pas superfétatoire de s'interroger sur la place que pourrait se voir attribuer le droit public au sein d'un futur projet législatif. Pour l'heure, les travaux menés se sont dispensés d'une telle réflexion, certains éludant simplement la question sans autre précision¹². Ceci est d'autant plus surprenant quand on sait l'importance de l'instrument contractuel public dans la construction du marché intérieur. La gestion des marchés publics est une question de politique publique de première importance. Le total des dépenses publiques en biens, travaux et services représente une large part de l'activité économique (plus de 2 000 milliards d'euros en 2009). Chaque année, plus de deux millions de procédures sont mises en œuvre pour la passation de marchés publics. Ceci explique que chacune des directives européennes relatives à la commande publique vise à supprimer les obstacles juridiques et administratifs pour inciter à la participation transfrontalière, à garantir l'égalité de traitement des entreprises soumissionnaires, à éviter toute discrimination en promouvant la transparence et en combattant les élans protectionnistes des États-membres. Ces buts assignés se retrouvent à l'identique dans les rapports contractuels de droit privé ayant pour objet une prestation de nature économique. C'est pourquoi une certaine unité des règles juridiques peut être recherchée par la voie du droit européen, dans la mesure où l'objectif commun ultime consiste à favoriser le développement du marché économique. L'on pourrait alors imaginer que l'appréhension traditionnelle de la *summa divisio* droit public – droit privé soit dépassée par l'adoption d'un socle commun de règles européennes en matière contractuelle, même dans le cas où chaque discipline s'est d'ores et déjà dotée de ses propres outils théoriques et techniques¹³. Il est certain que si le droit de la commande publique devait être intégré à un droit européen des contrats, c'est certainement le droit public tout entier qui se trouverait au cœur d'un véritable processus de globalisation : si le contrat est appelé à devenir une notion universelle, les législations nationales devront abandonner tout particularisme incompatible, et être mises au seul service des conditions d'équilibre des marchés. Il faut alors prendre la mesure d'un tel projet. Avant d'apprécier la faisabilité de celui-ci, il

12 Par exemple, les travaux réalisés par le groupe d'experts chargés d'élaborer un Cadre Commun de Référence (CCR) suggèrent, aux termes du premier article, d'exclure du champ d'application de ce dernier les règles du droit public.

13 Il est d'ores et déjà possible de considérer que le droit européen peut, dans certains cas, être un vecteur de remise en cause de la distinction entre contrat public et contrat de droit privé. Ainsi, la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives s'applique à toute personne agissant dans le cadre d'une activité professionnelle, publique ou privée; les directives relatives à la responsabilité en matière de produits ou de services défectueux trouvent elles aussi à s'appliquer indifféremment aux contrats administratifs et aux contrats de droit privé. Enfin, la dichotomie traditionnelle est transcendée incidemment, dans un domaine qui est pourtant l'apanage du droit public: celui des marchés publics. Les «organismes de droit public», pouvoirs adjudicateurs, peuvent être, par l'application du droit européen, des personnes morales de droit privé (caisses de sécurité sociale, SAFER par exemple). Les contrats de ces organismes, considérés en droit interne comme des contrats privés, seront assujettis, au regard du droit de l'Union, aux mêmes règles que les contrats administratifs que l'on peut qualifier de marchés publics. *Via* le droit européen, le rapprochement entre le contrat de droit public et le contrat de droit privé est inéluctable.

importe toutefois d'analyser en amont les rapports du droit européen et du droit national en matière de contrats publics (I), pour en déduire l'ampleur des bouleversements suscités par la perspective de l'affiliation du droit des contrats publics à un droit européen des contrats (II).

I – L'ambivalence des rapports entre le droit interne et le droit européen des contrats publics

Pour jauger la pertinence du projet qui consisterait à intégrer les contrats publics à un droit européen des contrats, il est juste au préalable de mesurer les influences contemporaines du droit européen sur notre droit interne, le degré d'adéquation des deux systèmes. Car si les distorsions entre les deux ordres étaient encore trop importantes, il serait difficile de juger ce projet opportun. En l'occurrence, si l'apport du droit européen à la matière est aisément perceptible (A), il reste que, paradoxalement, le droit supranational tend parfois à complexifier cette dernière, considérée déjà comme suffisamment confuse (B).

A) L'influence du droit européen sur le droit des contrats publics interne

Le droit européen est une source du droit des contrats, tant privés que publics ; pour ceux-là, il a, plus encore qu'ailleurs, imprégné la discipline. En considérant l'élément d'extranéité, il a grandement simplifié les définitions et régimes contractuels, favorisant l'harmonisation de la matière.

Le droit européen, vecteur de simplification des notions juridiques. Là où notre droit public connaît autant de types de contrats qu'il a été possible aux pouvoirs adjudicateurs d'inventer de montages contractuels inédits, le droit européen facilite considérablement la lecture des données juridiques. Il est bien moins riche que le droit interne sur le plan des concepts et des différentes catégories de contrats, dont il privilégie une classification en fonction de leur objet¹⁴.

La figure de proue du contrat public européen, celui dont les contours sont clairement définis et les modalités de passation strictement réglementées, est le marché public. Comme en droit interne, le droit supranational opère une distinction en fonction de l'objet du marché : il considère les marchés de services, travaux, ou fournitures¹⁵. Les procédures de passation de ces contrats sont régies par deux directives du 31 mars 2004, qui engendrent une classification originale : les secteurs classiques sont distingués des secteurs spéciaux (énergie,

14 Hormis pour définir les notions de pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, le droit européen tient peu de cas du critère organique, à la différence du droit interne qui combine encore critère matériel et critère organique pour appréhender notamment le contrat administratif.

15 Au sens de l'article 1^{er} de la directive 2004/18 du 31 mars 2004, « *les marchés publics sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services [...]* ». Le Code des marchés publics de 2006 reprend dans son article 1^{er} le vocabulaire européen, définissant les marchés publics comme « *des contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures, ou de services* ».

eau, transports, services postaux...)¹⁶. De prime abord complexes, ces textes ont pourtant facilité la compréhension de la discipline. En premier lieu, le champ d'application organique des directives permet à toute personne publique exerçant une activité économique d'être prestataire du contrat. Cela a permis la modification en substance de la thèse nationale selon laquelle une personne publique ne pouvait soumissionner à un marché public. Puis, la notion d'«opérateur économique» à laquelle renvoie la directive 2004/18 offre un exemple significatif de l'aspect englobant du droit européen : longtemps assimilé à l'entreprise du fait de sa nature économique, l'«opérateur économique» a été entendu très largement par la Cour de justice. Cette notion recouvre en effet toute entité désireuse de soumissionner, indépendamment de son statut, de son mode de fonctionnement interne, ou de son implication sur le marché¹⁷. Le champ d'application matériel des directives est lui aussi bien plus étendu que celui du droit des marchés publics interne : il couvre de nombreux contrats que le droit national ne qualifie pas comme tels. La catégorie des marchés publics de travaux illustre pour le mieux cette distension des notions, qui a pour conséquence immédiate une simplification des données. Aux termes de l'article 1^{er} de la directive 2004/18, «*les marchés publics de travaux sont des marchés publics ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux [...] ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur*». Cette hypothèse permet d'inclure dans la catégorie des marchés européens de travaux toute opération de construction dans laquelle le pouvoir adjudicateur n'est pas le maître de l'ouvrage – n'étant pas tenu d'assurer la direction des travaux – ce qui va à l'encontre des exigences du droit national, pour lequel la maîtrise d'ouvrage par la personne publique est une condition *sine qua non* pour qualifier un contrat de marché de travaux.

Si cet ensemble est considéré comme principal, la catégorie des concessions relève de l'accessoire¹⁸. Parmi elles, le droit européen retient les concessions de

16 La directive n° 2004/18 coordonne les procédures de passation dans les secteurs classiques, la directive n° 2004/17 est relative aux secteurs spéciaux. Si les «pouvoirs adjudicateurs» passent des marchés relevant des secteurs classiques, les «entités adjudicatrices», opérateurs en réseau, œuvrent dans les secteurs spéciaux. Une telle distinction s'explique par le fait que les activités des opérateurs agissant en réseau sont étroitement contrôlées par la puissance publique ; les règles procédurales qui leur sont appliquées sont ainsi moins strictes que celles applicables aux secteurs classiques.

17 Dans l'arrêt *CoNISMa* du 23 décembre 2009 (aff. C-305/08), la Cour déclarait que «*le législateur communautaire n'a pas entendu limiter la notion d'opérateur économique [...] aux seuls opérateurs qui sont dotés d'une organisation d'entreprise [...]. Partant, il ressort tant des règles communautaires que de la jurisprudence de la Cour qu'est admise à soumissionner ou à se porter candidate toute personne ou entreprise qui, au vu des conditions énoncées dans un avis de marché, se considère apte à assurer l'exécution de ce marché, directement ou en recourant à la sous-traitance, indépendamment de son statut, de droit privé ou de droit public, ainsi que de la question de savoir si elle est systématiquement active sur le marché ou si elle n'intervient qu'à titre occasionnel, ou si elle est subventionnée par des fonds publics ou si elle ne l'est pas*».

18 Les concessions devraient faire l'objet d'un projet de directive spécifique – pour l'heure toujours attendu –, puisque la directive n° 2004/18 a exclu les concessions de services de son champ d'application. C'est là une des plus grandes lacunes du droit supranational.

travaux et les concessions de services. Bien que les premières entrent dans le champ d'application des directives marchés, elles ne sont pas considérées comme telles. La définition de la concession, d'abord jurisprudentielle, semble désormais fixée par la Commission, et met en exergue le risque économique encouru par le concessionnaire pour opérer la distinction avec les marchés publics¹⁹. La notion de délégation de service public (DSP) en droit interne, bien que d'une amplitude certaine, ne recoupe pourtant que partiellement celle des concessions en droit européen : l'objet de ces dernières débord largement celui des délégations nationales qui sont, elles, inhérentes à la gestion d'un service public par le cocontractant de la personne publique²⁰. Certaines concessions au sens du droit communautaire sont donc des DSP, d'autres ne le sont pas. Ainsi, le contrat d'affermage, sous sa forme traditionnelle²¹, sera qualifié de concession de service au sens du droit européen (ou de concession de travaux dans la mesure où le fermier se verrait confier en cours de contrat la réalisation de travaux). Mais les nouvelles concessions de travaux introduites en droit interne²², exclusives de toute délégation de service public, sont pour leur part des concessions au sens du droit européen sans être des DSP. Le constat qui se dégage est celui d'un champ d'application considérable de cette catégorie contractuelle qu'est la concession en droit européen : elle englobe les DSP, mais aussi une multitude de contrats voisins²³.

Finalement, il reste à se demander s'il existe encore des contrats de commande publique qui échapperaient à la *summa divisio* européenne marché public – concession. Même les contrats de partenariat entrent pour l'heure dans la sphère des marchés publics²⁴, aucune législation spécifique ne leur étant consacrée au niveau supranational. En dehors des deux catégories de contrats nommés (marchés

19 Cf. CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03, pour la définition jurisprudentielle de la concession. La Commission a pour sa part défini la concession dans une communication interprétative (*JOCE* du 29 avril 2000). La Direction générale Marché intérieur (DG MARKT) a quant à elle proposé, fin 2007, que dans le cadre d'un futur projet de directive soit prise pour base de discussion la définition suivante : « Une concession de travaux/de services est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux/de services à l'exception du fait que la contrepartie du pouvoir adjudicateur pour les travaux à effectuer/pour la prestation des services consiste soit uniquement dans le transfert du droit d'exploiter l'ouvrage/service qui est l'objet du contrat, soit dans ce droit assorti d'un prix. Le droit d'exploiter l'ouvrage/service implique un transfert au concessionnaire d'une partie substantielle des risques inhérents à l'exploitation de l'ouvrage/service. [...] Le prix payé par le pouvoir adjudicateur pour les travaux effectués ou les services fournis ne doit pas éliminer une partie substantielle des risques inhérents à l'exploitation ».

20 Nous partageons d'ailleurs le point de vue de L. MARCUS qui suggère qu'en droit interne, la notion de service public soit remplacée par celle d'activité publique dans le cadre de la délégation, afin que le droit national se rapproche de la définition européenne, toutes les activités publiques concédées n'étant pas nécessairement des services publics pour le droit supranational (L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, thèse, Université Paris II, 2010, p. 478 et s.).

21 Sous la forme classique, le titulaire du contrat d'affermage n'a pas la charge des dépenses de premier établissement ; en contrepartie de cette mise à disposition, le fermier verse à la collectivité une redevance.

22 Cf. ord. n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux concessions de travaux.

23 En ce sens, voir F. LLORENS, « Typologie des contrats de la commande publique », *CMP*, n° 5, mai 2005, étude 7.

24 Cf. *infra*.

et concessions), le droit européen semble donc ignorer toute autre typologie, n'en reconnaissant aucune formellement²⁵. En conclusion, le paysage du droit des contrats publics européen peut être caractérisé par sa lisibilité; et si certains trouvent cette classification binaire pour le moins réductrice, la qualification de marché ou concession n'importe pas assez de conséquences au niveau du régime en droit européen pour s'inquiéter outre mesure de cet état de fait.

Si aucun contrat de commande publique n'échappe à la tutelle des deux familles contractuelles, cette tendance est à mettre inmanquablement en relation avec la volonté des institutions européennes de soumettre tout contrat à l'impératif de transparence.

Le droit européen, promoteur de la transparence en matière contractuelle. La logique de construction européenne a largement influencé la réglementation interne des procédures de passation des contrats publics. Nombre de dispositions ont ainsi été instituées en vue de l'établissement du marché intérieur sur lequel se construit l'Europe: la matière a été pensée dans l'optique d'éliminer tout obstacle susceptible d'affecter la libre concurrence entre les divers acteurs économiques; elle repose sur l'affirmation du principe de non-discrimination²⁶. Il en découle une obligation de transparence, consacrée par l'arrêt *Telaustria*²⁷, dont le champ d'application a été considérablement étendu, pour les contrats en cause ainsi que pour les parties concernées. Si les marchés inférieurs à certains seuils étaient par exemple traditionnellement dépourvus de toute obligation de transparence – tant en vertu des directives européennes que du Code des marchés publics – le juge européen en a finalement décidé autrement²⁸. Cette extension *ratione materiae* a conduit son homologue national à exiger des personnes publiques

25 Les contrats innommés n'échappent pas pour autant aux exigences européennes, puisque la jurisprudence *Telaustria* les soumet, comme cela vient d'être rappelé, aux règles de transparence et de concurrence.

26 L'article 18 TFUE expose un principe de non-discrimination en raison de la nationalité qui, pour la CJCE, « ne saurait être interprété restrictivement [et qui] implique notamment, une obligation de transparence afin de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de son respect » (CJCE, 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia A/S*, aff. C-275/98). Il est désormais admis que la transparence finit toujours par déboucher sur un optimum économique bienfaisant pour le consommateur, ce qui en fait inéluctablement un principe fondamental du droit de l'Union.

27 CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*, aff. C-324/98, *AJDA*, 2001, p. 106, note L. RICHER. Pour la Cour, la mise en place d'une procédure transparente est le moyen de garantir la non-discrimination, et passe, en faveur de tout soumissionnaire, par « un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ». Par la suite, la notion d'opérateur économique a été entendue très largement par la Cour dans le seul but de ne pas soustraire certains marchés aux exigences des grands principes de la commande publique. La Cour ne s'en cache pas, affirmant expressément qu'« une interprétation restrictive de la notion d'opérateur économique aurait pour conséquence que les contrats conclus entre les pouvoirs adjudicateurs et des organismes qui n'agissent pas principalement dans un but lucratif ne seraient pas considérés comme des « marchés publics », qu'ils pourraient être passés de gré à gré et qu'ils échapperaient ainsi aux règles communautaires en matière d'égalité de traitement et de transparence, contrairement à la finalité de ces règles » (CJCE, 23 décembre 2009, *CoNISMA*, *op. cit.*).

28 CJCE, 3 décembre 2001, B. Moustien, aff. C-59/00.

de faire précéder tous leurs achats d'une procédure (de publicité et mise en concurrence) néanmoins adaptée aux caractéristiques du marché²⁹. Dans le même esprit, le champ d'application *ratione personæ* du principe de transparence n'a cessé de croître, puisque la catégorie des personnes publiques contractantes s'est élargie du fait de l'introduction des notions subjectives d'« organisme de droit public » ou d'« entité adjudicatrice »³⁰. Celle des prestataires a connu le même sort, avec par exemple l'avènement en droit interne d'une obligation de mise en concurrence pour les contrats conclus entre deux personnes publiques³¹.

Il semble pourtant que d'aussi loin que remontent les règles procédurales du droit administratif, une certaine transparence a toujours été requise³². Mais il s'agissait alors moins de rendre lisibles les pratiques administratives que de garantir les règles élémentaires des droits de la défense. La transparence (publicité et mise en concurrence), telle qu'elle est prônée aujourd'hui, est d'une tout autre nature, et s'étend au domaine de l'action économique. Par l'accroissement constant et la place fondamentale des règles promouvant la concurrence, la transparence des procédures est devenue un principe fondamental du droit de la commande publique, tant au niveau interne qu'au niveau supranational³³.

Le Conseil constitutionnel en premier lieu a assimilé les exigences communautaires et fait un objectif à valeur constitutionnelle du principe de transparence³⁴ avant de le proclamer principe du droit de la commande publique³⁵, en se référant à l'Article 1^{er} du CMP³⁶. L'unité du droit des marchés publics peut donc être envisagée par l'application commune de ces principes généraux, mais

29 Voir par exemple CE, 7 octobre 2005, Région Nord-Pas-de-Calais, *BJDCP*, janvier 2006, p. 10, concl. D. CASAS.

30 Ces catégories, très larges, dépassent celle de personne publique au sens national (voir *infra*).

31 Sous l'effet du droit de l'Union, le Conseil d'État a ainsi qualifié de marché public soumis aux règles de la transparence un contrat par lequel une communauté de communes confiait l'exploitation de son service d'assainissement à un EPCI (CE, Sect., 20 mai 1998, Communauté de communes de Piémont-de-Barr, *AJDA*, 1998, p. 632).

32 La transparence en question avait trait à l'obligation de publication ou notification des actes administratifs par exemple, ou au droit, pour tout fonctionnaire, de se voir communiquer son dossier dans le cadre d'une procédure contentieuse.

33 Bien que les objectifs convergent en ce sens, les juges nationaux n'ont pas encore explicitement consacré un principe général de transparence indépendant des principes généraux de la commande publique. Néanmoins, et comme le relèvent justement certains auteurs, « *une véritable culture de la transparence se diffuse manifestement dans les pratiques administratives, le réseau Internet jouant certainement en la matière un rôle moteur* » (J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, 5^e éd., LGDJ, 2010, p. 178).

34 DC, 20 janvier 1993, *Rec.*, p. 14.

35 DC, 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *RDP*, 2003, p. 1163, note F. LICHÈRE; *RFDC*, 2003, p. 772, note L. RICHER et E. FATOME.

36 Aux termes de l'article 1^{er} de l'actuel Code des marchés publics, « *Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures* ». Une modification substantielle est intervenue en 2004 : depuis cette date, ces principes fondamentaux sont applicables dès le premier euro, bien que l'exigence de procédure formaliste ait été supprimée pour les marchés inférieurs aux seuils européens.

la question s'est rapidement posée pour les concessions et autres contrats. En matière de concession de service public par exemple, le droit interne consacrait traditionnellement le principe de la conclusion de gré à gré, en raison de l'importance traditionnellement attachée à l'*intuitu personae*. Cette situation, inconcevable pour les institutions européennes, a été repensée depuis la jurisprudence *Telaustria*, qui a instauré un régime juridique « minimum » : l'obligation de transparence suppose une publicité préalable, ce qui exclut par voie de conséquence la conclusion du contrat de gré à gré. Les potentialités de la jurisprudence européenne ne cessent de se révéler. L'exigence de publicité se retrouve pour la conclusion des contrats de partenariat, et des baux emphytéotiques ; elle intéresse également les conventions d'occupation du domaine public³⁷, les concessions d'aménagement³⁸, et tout contrat pouvant être qualifié de « marché » au sens du droit européen.

Mais la mise en concurrence reste néanmoins en marge de la conclusion de la plupart de ces contrats. Cette solution devrait être amenée à évoluer : le tribunal administratif de Paris a déjà pris une position innovante il y a quelques années, estimant que le fait pour un contrat d'avoir pour objet le *transfert d'une activité économique* à un opérateur économique déclenchait l'application des grands principes de la commande publique (publicité et mise en concurrence en l'espèce)³⁹. Récemment, la haute juridiction administrative a également érigé les grands principes commandant le choix de l'opérateur au rang de principes généraux de la commande publique⁴⁰, sans référence précise aux textes européens. Cette « émancipation » du juge national permet d'étendre le champ des grands principes européens à tous les contrats réglementant une activité économique, là où, depuis peu, le droit supranational entend, pour appliquer ces mêmes principes, déceler un « intérêt transfrontalier » aux contrats⁴¹. Finalement, il est à penser que le juge national se veut désormais plus exigeant que le droit européen, se posant en véritable gardien des principes fondamentaux de la commande publique, quitte à ce que l'obligation de mise en concurrence pose de réelles difficultés pratiques à l'image de

37 CJCE, 18 juin 1985, *Steinhauser c/ Ville de Biarritz*, aff. C-197-84 ; pour une illustration en droit interne, voir TA Nîmes, 24 janvier 2008, Sté des trains touristiques G. Eisenreich, req. n°06200809. En ce sens, voir également l'avis n°04-A-19 du Conseil de la concurrence, 21 octobre 2004, *RJEP*, n°619, avril 2005, p. 144.

38 Cf. CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *SOGEDIS c/ commune de Cilaos*, *AJDA*, 2005, p. 257, note J.-D. DREYFUS.

39 TA Paris, 30 mai 2007, Préfet de Paris, req. 0516131, *BJDCP*, déc. 2007, p. 492, concl. DELBEQUE, note P. TERNEYRE.

40 CE, 23 décembre 2009, Établissement public du musée et du domaine national de Versailles, *CMP*, février 2010, n°83, note P. REES ; *AJDA*, 2010, p. 500, note J.D. DREYFUS. Cet arrêt marque également un certain rapprochement du droit des délégations et du droit des marchés, le juge administratif ayant appliqué en l'espèce aux premières les grands principes du droit de la commande publique, imposant aux personnes publiques d'informer les candidats sur les critères de sélection des offres. Cette tendance au recoupement de régime entre les deux notions est sans conteste le fait d'une influence européenne grandissante (voir *infra*).

41 CJCE, 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, aff. C-507/03. Sur la notion d'« intérêt transfrontalier », voir S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 505 et s.

certains contrats particuliers⁴². Le principe de transparence est donc aujourd'hui une véritable norme, dont la violation est sanctionnée par le juge national. Pour assurer avec efficacité son respect, le législateur français a été jusqu'à créer un recours inédit, le référé précontractuel⁴³, qui est né d'une « nationalisation » du recours européen et illustre parfaitement l'influence supranationale grandissante. Et, une fois n'est pas coutume, le champ d'application du recours, élargi, a permis d'englober tous les marchés qui sont des marchés publics au sens du droit européen sans l'être au sens du droit national (notamment les contrats de partenariat). Le droit de l'Union a donc façonné de manière incidente les contours du contrat administratif, pour le soumettre à sa propre logique globalisante⁴⁴.

Mais si les droits administratif, constitutionnel et européen s'accordent à utiliser des moyens similaires, leurs objectifs diffèrent lorsqu'ils s'enquêtent d'une transparence maximale des procédures : là où les deux premiers souhaitent protéger l'emploi des deniers publics face aux entreprises qui ne joueraient pas le jeu de la concurrence, le troisième a pour unique considération le libre jeu du marché. Pour le juge supranational, ce principe fondamental joue d'ailleurs pleinement, au point qu'il « *ne [dépend] pas de l'existence d'un contrat* »⁴⁵. Le juge national en revanche maintient hors du champ d'application de la transparence les actes unilatéraux qui habilite un tiers à gérer un service public : la procédure de la loi Sapin s'applique « *aux seules délégations consenties par voie contractuelle* »⁴⁶. Gageons que ces situations encore non soumises à la concurrence ne résisteront pas à l'effet de contagion de

42 C'est ainsi que la législation sur la représentation en justice de prestation juridique a été longtemps jugée incompatible avec l'obligation de mise en concurrence prônée par le code des marchés publics. Cette incompatibilité de principe a été en partie modulée par le Conseil d'État, qui estime que si aucun principe « *ne fait obstacle à ce que les contrats conclus entre un avocat et une collectivité publique pour la représentation en justice de celle-ci doivent être précédés d'une procédure de mise en concurrence préalable sous la forme de la consultation écrite au moins sommaire [...], en revanche la soumission de ces contrats à l'ensemble des dispositions du Code des marchés publics applicables aux marchés négociés ne serait compatible avec ces principes que moyennant des adaptations ou des dérogations à certaines de ces dispositions* ». La haute juridiction précise que ces contrats, qui ont trait à la représentation en justice, devront être conclus et exécutés dans des conditions assurant le respect des principes relatifs à cette représentation (CE, Ass., 9 avril 1999, Toubol-Fischer). C'est dans la voie de la conciliation entre les exigences européennes et un régime juridique national particulier que le Conseil s'est ici engagé.

43 Aux termes de l'article L 551-1 du Code de justice administrative, « *le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services[...] ou la délégation d'un service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* ».

44 Cf. *infra*.

45 CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03, *précité*. L'habilitation unilatérale sans publicité préalable ne peut être valablement prévue par la loi que si la mission d'intérêt général dont est chargé l'organisme contractant consacre un droit exclusif au sens du droit européen, ou si la prestation est dite « *in house* ».

46 CE, 3 mai 2004, *Fondation assistance aux animaux, BJDCEP*, 2004, n°37, p.464, concl. E. Glaser. Cette orientation a été confirmée depuis (cf. CE, 13 juillet 2007, *Commune de Rosny-sous-Bois, Rec.*, p.934, *CMP*, 2007, comm. J.-P. Pietri, n°282).

la jurisprudence *Telaustria*, la tendance étant à un alignement inéluctable du droit interne sur le droit supranational.

Le droit européen, facteur de modernisation du droit de la commande publique. Dans un objectif récurrent de simplification des données et pour un maximum de souplesse dans l'utilisation des instruments juridiques, la Commission européenne modernise sans cesse les règles, outils et méthodes de passation des marchés publics. Les acheteurs comme les entreprises (et tout particulièrement les PME, qui réunissent environ 35% du montant total des attributions de marchés publics) ont en effet besoin d'un accès facilité aux procédures, ce à quoi la Commission tente de parvenir⁴⁷.

L'incitation de la passation des marchés publics par voie électronique a ainsi permis la rationalisation des procédures, l'amélioration de l'accès des entreprises à ces marchés, et l'efficacité des achats publics⁴⁸. Les étapes en vue de l'obtention d'un marché public sont à titre d'exemple un support idéal pour envisager la mise en place de processus électroniques au cours de chacune des phases : publication de l'avis de marché, envoi du cahier des charges, soumission des offres, évaluation, attribution, commande, facturation et paiement peuvent faire l'objet d'une dématérialisation⁴⁹. Nombre d'États disposent d'ores et déjà de plateformes d'adjudication électroniques solidement implantées, ce qui a permis d'élargir de manière conséquente l'éventail de choix des acheteurs publics. Il reste que les institutions européennes ont encore un rôle à jouer en prenant des initiatives pour accroître le potentiel de développement des procédures électroniques, et éviter les écueils d'une transition décentralisée qui pêcherait par défaut de coordination et de normalisation⁵⁰. La Commission devra alors veiller à ce que la conversion à géométrie variable des différents États-membres aux procédures électroniques ne donne pas lieu à l'émergence de nouveaux obstacles⁵¹. Parallèlement à la

47 La dernière consultation, en date du 27 janvier 2011, devrait permettre, par le biais de réponses à un livre vert, de simplifier les procédures pour les opérateurs économiques, en tenant compte de nouveaux objectifs politiques, tels que la promotion de l'innovation, et les aspects sociaux et environnementaux. Le décret n°2011-1000 du 25 août 2011 portant modification du Code des marchés publics a d'ailleurs, par anticipation, introduit dans le code la notion de contrats de performance énergétique.

48 Cf. le livre vert «*sur le développement des marchés publics électroniques dans l'UE*», 18 octobre 2010, disponible sur le site internet : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/e-procurement/green-paper_fr.pdf.

49 Certaines étapes dans la passation de marchés (conception, travaux) ne peuvent recevoir un traitement automatisé ; il s'agirait alors de maintenir pour elles la conception traditionnelle.

50 En 2005, les ministres de l'UE, au cours de la déclaration de Manchester, exprimaient leur souhait qu'à compter de 2010, 50% des marchés supérieurs aux seuils soient conclus par voie électronique ; ce sont aujourd'hui environ 5% d'entre eux, dans les États-membres précurseurs, qui répondent à cette exigence. Preuve en est, s'il le faut, que l'évolution en la matière est loin d'être aboutie, et que les obstacles tant techniques que logistiques sont encore bien présents. La Commission doit poursuivre dans la voie de l'encouragement aux pouvoirs adjudicateurs, par le biais de mesures incitatives et de conditions réglementaires préférentielles.

51 Le livre vert «*sur le développement des marchés publics électroniques dans l'UE*» (*op. cit.*) soulève une problématique nouvelle quant à l'instauration variable, en fonction des différents États, d'une obligation de conduire les procédures de passation par voie électronique ; cela pourrait engendrer

dématérialisation des procédures, la Commission a ouvert l'accès à sa base de données afin que la consultation des documents les plus fréquemment demandés par les vingt-sept États-membres soit facilitée⁵². Elle a également introduit de nouveaux outils permettant d'atténuer des difficultés inhérentes à l'ouverture des marchés publics à la concurrence : un vocabulaire commun (*Common Procurement Vocabulary* ou CPV) a notamment pour vocation d'établir une nomenclature unique des marchés au niveau européen ; il permet d'unifier les mentions utilisées pour la description des produits objets du marché⁵³. Dans le même esprit, et sur l'initiative de l'autorité de la concurrence danoise, a été mis en place dès 2003 le réseau européen des marchés publics (*Public Procurement Network*) qui a pour vocation de fédérer les entrepreneurs des différents États-membres à travers un dialogue permanent et des échanges d'expériences⁵⁴.

Sur le modèle du droit européen, la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics nationaux est désormais une réalité. Depuis le 1^{er} janvier 2010, l'acheteur public doit publier ses avis d'appel public à la concurrence et les documents de consultation par voie électronique, pour tout marché supérieur à 90 000 euros. À compter du 1^{er} janvier 2012, les acheteurs publics ne pourront plus refuser de recevoir les candidatures et les offres qui leur seront transmises par cette voie⁵⁵. L'action du gouvernement en la matière s'accorde résolument avec les recommandations européennes, et lorsqu'elles sont utilisées, les procédures électroniques produisent les effets escomptés : accélération des achats publics et allègement des dépenses publiques.

À bien des égards, le droit de l'Union a une influence positive manifeste sur le droit interne. Il connaît des concepts élémentaires, plus simples que le droit national. Il enrichit ce dernier de notions clarifiées, tout en modernisant et sécurisant concomitamment les procédures. Le droit interne, alambiqué, rend

une «*fragmentation du marché des appels d'offres en pools d'opérateurs économiques connectés à des systèmes ayant leurs propres spécificités fonctionnelles*». Le Portugal fait pour le moment figure de meilleur élève en la matière, l'obligation de dématérialisation ayant été généralisée à l'ensemble des marchés.

52 L'une de ces bases de données appelée e-CERTIS répertorie notamment les divers certificats et attestations exigés par les pouvoirs adjudicateurs nationaux (relatifs par exemple à la capacité économique et financière) ; elle devrait permettre aux entités soumissionnaires de réduire les incertitudes imputables à la méconnaissance des documents nationaux.

53 Pour les marchés de seuil européen, le pouvoir adjudicateur est tenu de faire référence au numéro de nomenclature fixé par le règlement 213/2008/CE dans son avis d'appel public à la concurrence. La nomenclature attribue un code à neuf chiffres à plus de 9 000 termes décrivant services ou produits, ce qui permet une précision maximale de l'objet du marché.

54 Des membres de la Commission européenne, de la Banque européenne d'investissement et de l'OCDE qui participent au réseau en tant qu'observateurs œuvrent à solutionner les difficultés que ces chefs d'entreprises sont susceptibles de rencontrer dès lors qu'ils candidatent à l'obtention d'un marché dans un pays membre du réseau.

55 Pour accompagner les acteurs de la commande publique, acheteurs et entreprises, dans la mise en œuvre de ces mesures, la Direction des Affaires Juridiques de Bercy a mis en ligne, sur le site du ministère de l'économie, un guide pratique de la dématérialisation : http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-pratique-dematerialisation-mp.pdf.

compte d'une pratique des contrats publics issue d'une longue tradition juridique ; il a évolué en s'ajustant aux trop nombreuses inventions contractuelles des pouvoirs adjudicateurs et a donc perdu en lisibilité. Là où le premier s'est considérablement unifié, le second tente de faire face à un émiettement croissant de sa réglementation : tous les contrats publics spéciaux ont été fragmentés. Il est donc urgent de repenser le droit des contrats publics interne, avant que le législateur français n'introduise encore d'autres cas d'espèces dont on ne saurait dire s'ils satisfont l'un ou l'autre des critères existants. Le droit supranational représente alors un modèle cohérent pour la refonte d'une matière déjà grandement sédimentée. Nonobstant cet apport indéniable, il reste que sous certains aspects, l'européanisation du droit des contrats publics contribue à la banalisation du droit interne, et à la remise en cause des spécificités qui s'y attachent. Il faut donc rechercher dans quelle mesure ces obstacles peuvent être surmontés afin que le droit national conserve une certaine autonomie.

B) La remise en cause des spécificités françaises par le droit européen des contrats publics⁵⁶

Le droit des contrats publics est certainement le domaine du droit public dans lequel les normes européennes ont eu la plus grande prise. Cela n'a pas été sans susciter craintes et résistance à son égard, parfois à raison. Les incessantes variations du droit supranational sont souvent dénoncées en ce sens qu'elles donnent lieu à une mise en conformité permanente du droit interne, et sont génératrices d'incertitude pour les parties au contrat⁵⁷. La dispersion des textes est également source de complexité, et porte atteinte, en matière de marchés publics pour ne citer qu'elle, à l'accessibilité du droit⁵⁸.

Le choix d'un système dualiste peut même mener à une divergence d'interprétation, lorsque les mesures de transposition s'écartent trop des textes initiaux. Ce sont donc les parties qui, bien souvent, sont contraintes de déchiffrer la réglementation à la lumière de leur connaissance de la matière. Mais au-delà de

56 Dans le Rapport du Conseil d'État de l'année 2008 intitulé « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes » (Études et documents, n° 59, *La Documentation française*, 2008), J.-M. SAUVE évoque l'ambiguïté des rapports qu'entretiennent le droit des contrats publics interne et le droit européen. Selon lui, « *La maîtrise des contrats dans notre pays impose de faire preuve d'une grande vigilance et d'un réel sens de l'anticipation sur la scène communautaire : il serait regrettable par exemple que la réglementation des marchés publics finissent par absorber les délégations de service public, comme il serait désolant que les exigences de la concurrence soient interprétées si strictement qu'elles portent atteinte à la liberté d'organisation des personnes publiques* ».

57 Le caractère évolutif de la matière est fréquemment dénoncé par la doctrine. Pour L. Richer, les réformes successives et permanentes sont « *asymptotiques* », s'approchant toujours d'une stabilité espérée sans jamais y parvenir. L'accessibilité du droit était alors « *compromise [...] par le dédoublement de la règle parce que l'état du droit national ne coïncidait pas avec celui du droit communautaire* » (L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6^e éd., 2008, p. 367 et s.).

58 Pour exemple, le décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics a en dernier lieu intégré les mesures de transposition relatives aux personnes de droit public soumises au code, mais ce sont respectivement la loi du 3 janvier 1991 et l'ordonnance du 6 juin 2005 qui transposent les directives eu égard aux pouvoirs adjudicateurs non soumis au code.

ces considérations, la négation des spécificités internes par le droit supranational contribue elle aussi, de manière inévitable, à complexifier les données.

La dilution des notions par le droit européen, source d'insécurité juridique. Le droit européen a perturbé les catégories traditionnelles du droit interne des contrats publics ; si l'objet du marché public comme des concessions est nettement plus large en droit supranational, cela a été plutôt bien reçu en droit national. Par exemple, les marchés de travaux ne consistent plus seulement en la réalisation des travaux, mais peuvent aussi y inclure la conception ; les marchés de fourniture ne se limitent plus aux seuls achats de matériels, mais sont étendus à leur location ou prise en crédit-bail. Cette distension des catégories contractuelles engendre dans le même temps des incertitudes quant à leur délimitation. Ainsi, le juge national, par l'application de la loi Sapin de 1993, qualifiait initialement un contrat de DSP dès lors que la rémunération du cocontractant était substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation. La CJUE, elle, définit aujourd'hui la concession par le transfert de risque économique au concessionnaire à côté du mode de rémunération⁵⁹. Si le juge administratif tient désormais cas de cette évolution⁶⁰, il s'y réfère encore avec précaution, et sa jurisprudence paraît bien intuitive. C'est pourquoi nombre d'auteurs s'interrogent toujours sur le bien-fondé du critère du risque, sur sa nature, son origine, ou son degré d'intensité⁶¹. Et le simple fait que la question soit soulevée traduit l'insécurité juridique à laquelle doivent faire face les opérateurs économiques, sans compter que l'introduction de considérations économiques pour la qualification d'un contrat laisse présager bien des difficultés⁶². Finalement, si le droit européen paraît clarifier les classifications contractuelles, il aggrave concomitamment le flou relatif aux frontières de ses composantes en utilisant le critère distinctif du risque économique. C'est sans compter que dans une décision récente, la Cour a utilisé une nouvelle notion ambivalente pour tenter de délimiter le périmètre du marché public de travaux : il importe désormais qu'une telle prestation comporte « *un intérêt économique direct* »

59 Voir par exemple CJUE, 10 mars 2011, aff. C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, *CMP*, 2011, comm. 147, note W. ZIMMER.

60 Dans deux arrêts déterminants, le Conseil d'État a pris en compte le critère du risque d'exploitation et a décidé de la portée qui devait lui être accordée eu égard au critère de la rémunération (CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, *CMP*, n° 12, comm. p. 96 et CE, 5 juin 2009, Scté Avenance Enseignement et Santé, *CMP*, n° 7, comm. p. 236). Dans ces cas d'espèce, le Conseil d'État considère le critère du risque de manière autonome, mais il en fait une condition de l'appréciation du critère de la rémunération : c'est parce que le concessionnaire est soumis à un risque d'exploitation que la rémunération est substantiellement liée aux résultats et donc que le contrat est qualifié de convention de délégation de service public (en ce sens, voir D. LINOTTE, « L'évolution récente des contrats de commande publique », *Gaz. Pal.*, 5 décembre 2009, n° 339, p. 10).

61 En ce sens, voir par exemple F. LLORENS, « Typologie des contrats de la commande publique », *CMP*, mai 2005, étude n° 7.

62 Nous partageons en ce sens l'avis du professeur Douence, pour lequel il n'est pas pertinent de vouloir fonder une distinction juridique, dont la qualité première doit être la facilité de maniement, sur un critère tiré la réalité économique, complexe et fluctuante par essence (JC. Douence, « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle », *Mélanges Franck MODERNE*, *Dalloz*, 2004, p. 501).

pour le pouvoir adjudicateur⁶³. Un contrat se définissant fondamentalement par son objet, l'on peut penser que c'est de lui dont doit dépendre au premier chef sa qualification, pour plus de justesse; le critère du risque notamment ne devrait rester que secondaire, et emporter une définition d'un très haut degré de précision. Les jurisprudences administratives et européennes récentes semblent ne même pas s'accorder sur la pertinence de ce critère : quand l'une exige le transfert d'un risque significatif, l'autre se contente d'un transfert d'une part significative du risque⁶⁴.

L'on peut imaginer d'ailleurs de nombreuses situations pour lesquelles la qualification contractuelle serait incertaine : considérons un contrat classique d'affermage, qualifié en droit interne de délégation de service public compte tenu du critère de rémunération du concessionnaire ; si ce contrat contenait une clause permettant une évolution tarifaire dans le cas où la consommation viendrait à baisser, le risque à la charge du concessionnaire serait réduit, et le contrat potentiellement requalifié en marché public au sens du droit européen. Dans ce cas, le risque dont il est question n'est pas seulement le risque d'exploitation ; il est le risque de déséquilibre des prestations contractuelles.

Le cas des contrats de partenariat public-privé laisse également augurer des difficultés à venir. Jusqu'alors, l'objet des contrats de partenariat ainsi que le mode de rémunération du partenaire privé faisaient d'eux des marchés au sens du droit européen : ces contrats globaux ne prévoient pas la gestion d'un service public, mais seulement l'exploitation éventuelle d'un ouvrage ou d'un équipement ; la personne privée est rémunérée par un prix payé par la collectivité⁶⁵. Néanmoins, dans certains cas, l'exploitation du service public se confond avec celle de l'ouvrage support du service, ce qui conduit à admettre que pour ces activités le contrat de partenariat peut confier la gestion du service. La qualification de marché au sens du droit européen est dans ce cas rendue plus délicate. Elle l'est d'autant plus si l'on considère que le titulaire du contrat n'assume pas seulement la maîtrise d'ouvrage des travaux, mais doit aussi assurer l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion des ouvrages ou équipements. L'entreprise est alors impliquée dans l'utilisation des investissements, supporte un risque à cet égard. Ce dernier est donc transféré de la personne publique à la personne privée partenaire : cela suppose qu'elle peut être confrontée aux risques de construction (livraison tardive, surcoûts...), de disponibilité (manque de performance...), et au

63 CJUE, 25 mars 2010, aff. C-451/08, *Helmut Müller c/ Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, CMP, n°6, juin 2010, chron. W. ZIMMER.

64 CE, 5 juin 2009, *Sté Avenance Enseignement et Santé*, précité., et CJUE, 10 septembre 2009, *Eurowasser*, aff. C-206/08.

65 L'article 1^{er} de l'ordonnance du 17 juin 2004 fournit une définition multicritère du contrat de partenariat. Il s'agit d' « une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée ». En outre, « la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant ».

risque lié à la demande (variabilité de la demande) si elle gère le service du fait de l'exploitation de l'ouvrage (exemple des équipements sportifs). Il est alors possible de se demander dans quelle mesure le contrat de partenariat ne pourrait pas être qualifié de concession en droit européen, dès lors que le partenaire privé gère de manière incidente le service. Cette problématique de la répartition des risques est au final éminemment complexe et sujette à interprétation. Il est donc plus que temps que la jurisprudence européenne fournisse des précisions sur la typologie des risques, et que la haute juridiction administrative tranche définitivement la question du critère de classification des contrats de commande publique, sans quoi le climat d'insécurité juridique ira *crescendo*.

L'intérêt du service public, ou l'inconnue européenne. « *Le cocontractant n'est pas tenu seulement d'exécuter son obligation comme le ferait un particulier vis-à-vis d'un autre particulier; ses obligations devront être interprétées comme s'étendant à tout ce qui est absolument nécessaire pour assurer le fonctionnement régulier et continu du service public* »⁶⁶. L'immense majorité des contrats publics internes intéressent, de près ou de loin, le service public. Rares sont ceux dont l'exécution n'est pas conditionnée par le concept : les marchés sont principalement passés pour les besoins du service public, les délégations et contrats de partenariat pour la gestion du service. Or le droit européen ne connaît pas encore d'équivalent de la notion de service public, sauf à imaginer que la notion émergente de service d'intérêt général puisse englober toutes les virtualités françaises⁶⁷. Si la délégation de service public porte nécessairement sur un service public, il est révélateur que la concession de service ne puisse porter que sur une simple activité d'intérêt général. Là encore, le risque de conflit de qualification est grand ; l'exemple typique est celui des contrats de mobilier urbain, qualifiés de marchés au sens du droit interne, et considérés comme des concessions de service pour le droit supranational⁶⁸. Cela conduit aussi naturellement à s'interroger sur la pérennité des règles du service public « à la française », qui fondent l'existence de pouvoirs spéciaux de l'administration envers son cocontractant, et semblent peu en accord avec la logique concurrentielle prônée par l'Europe. En effet, les contrats administratifs par nature « transpirent » les règles de service public. Pour ne citer qu'elle, la théorie de l'imprévision, qui permet l'évolution du contrat pour garantir la continuité du service public, n'a pas d'équivalent en droit européen positif. Il est également permis de se demander si le contrat de délégation de service public, dont le régime reste largement commandé par l'*intuitu personae*, s'accorderait avec des exigences concurrentielles plus strictes. Il est permis d'en douter. L'obligation de transparence révèle là son caractère subversif : les contraintes qu'elle fait peser sur les cocontractants dans la formalisation de leurs relations pourraient tendre à uniformiser celles-ci et figer

66 G. JEZE, *Les contrats administratifs*, 1927, T. I, p. 14.

67 La simple teneur de l'intérêt général européen pourrait ne pas coïncider avec la vision française.

68 Pour la haute juridiction administrative, le contrat de mobilier urbain n'est pas une délégation de service public, « *faute notamment de prise en charge effective d'un service public par la société contractante* » (CE, Ass., 4 novembre 2005, *Société JC. Decaux*, *BJDCP*, 2006, n°10; *CMP*, 2006, p. 3, note A. TASSONE).

la négociation. À terme, elle entraînerait la disparition de certains contrats qui comportent par nature un objet anticoncurrentiel. Il convient d'ailleurs de rappeler que la Cour a rejeté l'argument du gouvernement italien consistant à limiter la mise en concurrence pour raison impérieuse d'intérêt général dans le cadre du renouvellement des concessions de gestion des paris sportifs. L'un des motifs invoqué pour supprimer la concurrence était la nécessité de garantir la continuité du service concédé. Ce dernier n'a pas été retenu par la CJUE car l'État italien n'a pas justifié de la relation de proportionnalité entre la restriction apportée à la transparence et l'objectif invoqué. Les dérogations admises, pour motif d'intérêt général, aux principes fondamentaux de la commande publique restent encore rares ; il faudra pourtant que le juge national intègre ces considérations lorsque la concurrence aura pénétré plus avant le champ des délégations de service public ; à moins que le droit européen ne pose des limites au champ d'application du principe de transparence.

Pour l'instant, les divergences entre les deux ordres juridiques peuvent être relativisées. En premier lieu, droit interne et droit européen se rejoignent sur un point essentiel : en matière de contrats publics, leur logique jurisprudentielle tend toujours à rechercher si la personne publique n'a pas tenté de contourner les règles existantes pour échapper au principe de transparence, quand celui-ci était à même de s'appliquer. En second lieu, l'incompatibilité entre les règles européennes et la garantie de l'existence des obligations de service public français tend à s'estomper par la conjugaison de deux phénomènes : si l'Europe s'ouvre à une logique de service public⁶⁹, la conception française de l'institution s'efforce continuellement de prendre en compte les exigences supranationales. Il reste que les spécificités nationales en matière de service public s'imposent toujours, puisque la perspective d'une définition du service public – autre que fonctionnelle – par le droit de l'Union semble encore incertaine⁷⁰ ; la détermination des missions d'intérêt général demeure l'apanage des droits nationaux⁷¹.

Enfin, s'il s'agissait de trouver un « remède » à ces divergences, cela pourrait consister dans la volonté du législateur européen de ne pas céder à la tentation de produire des règles trop précises, qui iraient jusqu'à un encadrement des clauses contractuelles. Le droit européen doit s'en tenir aux grandes lignes, c'est ainsi

69 Le cadre d'exercice des activités d'intérêt général au sein de l'Union, à l'aune du marché, permet déjà de réglementer largement les pratiques anticoncurrentielles des gestionnaires de services d'intérêt économique général. Mais les catégories juridiques propres au droit européen, toujours plus nombreuses et élaborées par touches successives, sont le symbole d'une démarche qui permet encore une fois de stigmatiser la construction européenne au travers d'une approche économique. Service d'intérêt économique général (SIEG), service universel (SU), service d'intérêt général (SIG), services sociaux d'intérêt général ne correspondent pas au contenu matériel traditionnel des services publics français, ce qui n'est pas sans accentuer les difficultés d'adaptation des institutions nationales.

70 En ce sens, voir M. KARPENSCHIFF, « Vers une définition communautaire du service public », *RFDA*, 2008, p. 58 et s.

71 Selon le TPIUE (15 juin 2005, *Fred Olsen/Commission*, aff. T-17/02), les États-membres disposent « d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des services d'intérêt économique général ».

qu'il sera reçu favorablement dans les États-membres. La réalisation d'un droit européen des contrats – s'il voit le jour –, devra permettre l'application de règles communes suffisamment précises dans leur libellé, mais pour le moins générales dans leur champ d'application. C'est à cette condition que le droit des contrats publics pourra y être intégré.

Les limites du droit européen des contrats publics. Le droit européen se heurte encore, sous certains aspects, au droit interne. La souplesse du premier s'accorde encore mal avec la complexité inévitable du second. Le droit européen connaît en effet ses limites dans l'appréhension pratique du droit des contrats, et s'adapte difficilement à la diversité des situations. Les élus locaux dénoncent régulièrement les contraintes et le risque juridique encouru lorsqu'ils souhaitent favoriser les entreprises locales ; le principe de libre administration des collectivités territoriales se heurte au principe de transparence. La globalisation en droit des contrats publics n'est pas non plus pour rassurer les PME nationales. Les efforts réalisés dans cette voie par la Commission sont encore relatifs : si elle a su adopter un code de conduite européen volontaire qui explique aux autorités comment elles peuvent user des directives marchés en facilitant l'accès des PME à la commande publique⁷², elle a toujours refusé de considérer la demande – emmenée par la France – d'intégrer, dans le cadre de l'Accord sur les Marchés Publics (AMP)⁷³ une clause qui aurait permis à l'Union d'accorder un traitement préférentiel aux PME européennes lors de la passation de contrats publics.

Il n'est alors pas rare en pratique que les personnes publiques tentent d'échapper à la rigueur du cadre européen en matière procédurale : l'exception notable à l'application du droit de la concurrence étant l'hypothèse du « *in house* »⁷⁴, les protagonistes cherchent à contourner par ce biais les règles européennes. Mais la vigilance des juges en la matière répond à l'ingéniosité des collectivités : la qualité d'opérateur interne n'est que très rarement admise, tant dans le cadre des marchés que pour les concessions, voire pour les conventions de baux emphytéotiques⁷⁵.

72 Le code de conduite européen volontaire tente de répondre aux principales difficultés que rencontrent les PME lorsqu'elles soumissionnent, à savoir : l'imposition de délais trop brefs, les retards de paiement, la taille excessive des contrats, le problème d'accès à l'information et la qualité insuffisante de celle-ci, le choix systématique de l'offre la moins chère...

73 L'accord sur les marchés publics, initialement négocié lors d'un cycle du GATT (*Tokyo Round*), est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1981, et a pour objet d'ouvrir à la concurrence une partie aussi large que possible des marchés publics ; il est à ce jour le seul instrument juridiquement contraignant portant sur cette matière à l'OMC.

74 Il s'agit du cas dans lequel le pouvoir adjudicateur est en relation avec une entité qui est entièrement sous sa dépendance, ce qui rend sans objet la mise en concurrence. Pour une application en droit européen, voir CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107-98, concl. COSMAS, *Rec.*, I-8121. Il faut, pour que la qualité d'opérateur interne soit admise, que la collectivité exerce sur l'entité un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que l'entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent. Tout se passe alors comme s'il s'agissait « *d'un contrat avec soi-même* » (P. DELVOLLE, « Marchés publics : des contrats-maison », *RDUE*, 2002, p. 53).

75 Pour l'application du régime « *in house* » dans le cadre de la conclusion d'un bail emphytéotique, voir CAA Paris, 30 juin 2009, *CMP*, octobre 2009, comm. 306, note W. ZIMMER). La tendance en la matière est néanmoins à l'assouplissement de la jurisprudence européenne qui ne s'attache

Dans cette recherche d'une meilleure adéquation entre le principe de transparence et le respect de la libre administration des collectivités locales, le législateur national a récemment offert aux collectivités la possibilité de créer des sociétés anonymes (les Sociétés Publiques Locales) dont elles détiendront l'intégralité du capital, dans le but de permettre sous certaines conditions des relations « in house » avec ces entités, ce que n'autorisait aucunement le recours à la société d'économie mixte locale (SEML)⁷⁶, considérée comme « *insuffisamment publique* »⁷⁷ au regard des règles de passation des contrats. Une fois encore, les pouvoirs publics ont répondu aux critères de la jurisprudence européenne ; et ce palliatif semble pour l'heure convenir, en cette période de crise de l'économie mixte. Un pas significatif semble également avoir été franchi par la CJUE qui, sans revenir sur le caractère exceptionnel du « in house », a admis une nouvelle hypothèse de situation contractuelle permettant la conclusion d'une convention entre collectivités locales sans mise en concurrence. Dans ce cas, le contrat doit avoir pour objet des prestations portant sur la gestion d'un service public, et dénoter d'une véritable démarche de coopération fonctionnelle à propos de missions qui constituent des compétences obligatoires pour les collectivités⁷⁸. Il reste donc à espérer que les montages contractuels complexes et formules institutionnelles créés par les collectivités nationales pour tenter d'échapper aux règles de la concurrence n'auront progressivement plus lieu d'être, le législateur français comme le juge européen œuvrant en ce sens. Ces politiques institutionnelles de défense des intérêts locaux amèneront certainement, alors, à simplifier le champ contractuel national.

Conclusion. La balance des différents intérêts en présence réalisée, les réticences premières dépassées, il apparaît que le droit de l'Union a une influence positive sur le droit interne. Mais la question des rapports juridiques entre les droits national et européen prend désormais place dans un débat plus large, celui de l'intégration du droit des contrats publics à un droit européen des contrats.

plus seulement à la seule répartition du capital, mais prend désormais en compte les modalités d'exercice de l'activité pour appliquer le régime des relations inter organiques (CJCE, 17 avril 2007, *ASEMFO*, aff. C-295/0).

76 Cf. loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales (S. Nicinski, *AJDA*, 2010, p.1759). En effet, la CJUE a posé le principe selon lequel une participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'un opérateur économique auquel le pouvoir adjudicateur participe également exclut, en tout état de cause, que ce pouvoir adjudicateur puisse être regardé comme exerçant un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. C'est la raison pour laquelle les contrats conclus par une personne publique avec une SEM n'emportent pas l'application du régime « in house ». Il en résulte que si au cours d'un contrat, des actionnaires privés sont admis dans le capital de l'opérateur adjudicataire, le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à une remise en concurrence du marché (CJUE, 10 septembre 2009, aff. C-573/07, *Sea Srl c/Comune di Ponte Nossia*, point 53).

77 J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, op. cit., p.466 et s.

78 CJCE, 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Comm. CE c/ Rép. Féd. d'Allemagne*, CMP, 2009, comm. 226, note H. HOEPFFNER. En l'espèce, il s'agissait de la conclusion d'un marché relatif à l'élimination des déchets par quatre *Landkreise* allemands avec les services de la voirie de la ville de Hambourg ; ce contrat pouvait s'analyser comme l'aboutissement d'une véritable démarche intercommunale.

Celle-ci pourrait être opportune par bien des aspects, même si par ailleurs la perspective de sa réalisation soulève de multiples difficultés.

II – Les difficultés de la mise en scène de l'intégration du droit des contrats publics à un droit européen des contrats

À supposer qu'un droit européen des contrats voie le jour, des questionnements surgissent instantanément. En premier lieu, la réussite de l'assimilation du droit des contrats publics par un droit européen des contrats doit passer par un réagencement de la réglementation des contrats publics européens. Éparse, parfois sous certains aspects encore trop confuse, cette dernière doit être repensée si elle ambitionne d'être prise en compte dans une perspective de codification européenne.

Car le droit des contrats publics – notamment son effet contraignant – est encore fragile. Cela est perceptible si on le considère sous l'angle du droit comparé. Il va sans dire qu'il existe une difficulté considérable au moment de soumettre les conditions du droit européen à la réalité plurielle que représentent les vingt-sept droits nationaux. Comme le souligne le professeur R. Sacco, si la diversité des règles, des concepts et des outils techniques « *va à l'encontre du but du droit, qui consiste à garantir une architecture sociale, avoir un système de résolution des conflits égal pour tous et prévisible* », elle est conforme « *à la nature même des choses. Tout se qui est réel est dominé par la diversité* »⁷⁹. L'entreprise d'unification européenne se heurte de front à l'identité nationale⁸⁰. L'intégration du droit public à un futur droit européen des contrats passe donc en premier lieu par une harmonisation rigoureuse des réglementations nationales dans ce domaine (A).

Cette problématique soulève parallèlement la question des aménagements encore requis en droit interne pour que ce dernier s'accorde pleinement avec le droit européen. Les institutions publiques françaises auraient tout intérêt à profiter de cette occasion pour repenser l'agencement du droit des contrats publics interne, au moins pour ceux qui ont à trait à la commande publique puisque seuls ceux-ci trouvent place dans la réglementation européenne. En l'état actuel, une simple codification nationale à droit constant ne suffirait pas à clarifier la matière. Elle ne serait certes pas inutile pour démêler un entrelacs de règles, mais elle n'aurait qu'un simple intérêt matériel. Pour certains, elle serait même un obstacle à la remise en ordre des contrats publics⁸¹. Il faut donc envisager à ce stade le choix de « *la*

79 R. SACCO, « Les problèmes d'unification du droit », *Unifier le droit: le rêve impossible?*, L. Vogel (dir.), Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 11.

80 Il ne s'agit pas ici de réitérer la problématique du choix d'un vocabulaire commun. De nombreuses études ont déjà mis en exergue cette difficulté. Il est plutôt question de s'accorder sur une même appréhension des notions fondamentales, afin d'harmoniser au mieux la matière.

81 En ce sens, Y. GAUDEMET, « Rapport de synthèse: bilan et perspectives du processus de réforme du droit de la commande publique », *CMP* 2005, n°5, étude n° 12. L'auteur s'oppose avec véhémence à l'idée d'une codification à droit constant: « *cela a-t-il un sens de juxtaposer – dans un unique instrumentum – le code (réglementaire) des marchés publics, l'ordonnance (ratifiée) sur les contrats de partenariat, les textes (législatifs) sur la sous-traitance ou le financement des marchés, la législation relative aux marchés publics communautaires extérieure au Code des marchés, voire les lois spéciales organisant tel ou tel contrat, élément de la commande publique?* ».

refondation de ses bases, de redéfinition de ses notions, de clarification [des] régimes»⁸². Et l'ordonnancement des textes au niveau interne n'est judicieux que si la matière est repensée à la lumière de la cohérence du droit de l'Union (B).

A) La nécessité d'une plus grande harmonisation des réglementations nationales en matière de contrats publics

Dans la perspective de la progression du marché européen, il va sans dire que l'harmonisation comme l'ordonnancement des règles relatives aux contrats publics était – et reste – une priorité. Pour toute personne publique désireuse de contracter au-delà du seul marché national, il est essentiel que la teneur de la matière contractuelle soit comprise et maîtrisée des deux parties. Il ne serait que trop fastidieux pour elles de s'efforcer à déchiffrer les législations internes⁸³. Jusqu'ici, le droit européen des contrats publics a tenté de remédier au cloisonnement des systèmes juridiques pour garantir une certaine sécurité juridique aux acteurs du marché. Les différentes directives se sont donc efforcées de parvenir à l'élaboration d'un ensemble normatif commun accessible, qui pourrait fournir le socle d'un code européen des contrats publics. Pourtant, les lacunes sont encore très largement perceptibles, les notions et régimes en vigueur encore trop marqués du sceau du particularisme étatique. Les directives européennes auraient parfois dû harmoniser les réglementations, au lieu de simplement tenter de coordonner les différentes pratiques. Cette exigence mérite d'être rappelée *a minima* pour les règles «élémentaires», celles définissant les notions ou encadrant la passation. Pour le reste, comme par exemple le contentieux contractuel, une marge d'appréciation doit pouvoir être laissée aux États-membres, leurs spécificités pouvant difficilement s'estomper pour s'accorder pleinement avec des règles européennes qui se voudraient plus exigeantes.

La trop grande variabilité dans l'appréhension des éléments fondamentaux du contrat public. L'intégration du droit européen aurait dû entraîner pour les États-membres une contamination des qualifications nationales. Partant, s'il existe en apparence un droit commun de la commande publique à l'état latent, paradoxalement la diversité des cultures juridiques en la matière fait toujours foi et est susceptible de nuire à la bonne exécution contractuelle. Car si les régimes particuliers sont encore légion, il est surprenant que la simple évocation du contrat public soit encore étrangère à certains États-membres. Le droit français est certainement le plus abouti en la matière ; la spécificité du contrat public national est fonction tant de la présence d'une personne publique que de la considération de l'intérêt général. Mais il fait figure d'exception : si l'on considère la plupart des droits étrangers, et même pour ceux d'entre eux qui connaissent un droit administratif, le principe est de considérer que le contrat conclu par la

82 Cf. N. SYMCHOWICZ, «Pour un Code des contrats de la commande publique», *CMP*, n°4, avril 2007, p. 2.

83 Si les difficultés terminologiques dépassent très largement le cadre de la simple traduction, et ne peuvent se résoudre par l'adoption d'une langue universelle, il est cependant communément admis que chacun puisse trouver l'équivalent de ses concepts traditionnels dans le droit européen.

personne publique est soumis au droit commun des contrats. Sans même soulever la problématique des systèmes unitaires⁸⁴, les systèmes dualistes hésitent bien souvent à appliquer un régime spécifique aux contrats publics. Le droit allemand par exemple, s'il connaît un droit administratif et une juridiction administrative, n'en admet pas moins que les contrats conclus par l'administration pour l'achat de biens et services sont des contrats de droit privé. Il en est ainsi des marchés publics. Malgré tout, et sous l'influence du droit européen, s'est développée la notion de contrat public qui bouleverse quelque peu la tradition juridique allemande. Ce dernier n'existe que s'il emporte un régime dérogatoire du droit commun (s'il conduit à l'émission d'un acte administratif, ou s'il porte application de règles de droit public). Le critère principal de la distinction par rapport aux contrats de droit privé étant celui de l'objet, il faut donc rechercher si l'obligation contractuelle souscrite présente un caractère de droit public. Quoi qu'il en soit, la validité même de la notion de contrat public est encore largement contestée au sein de cet État; pour une meilleure assimilation du droit européen, et dans la perspective de codifier les contrats publics européens, ou au moins de rendre plus efficace la réglementation existante, il faudrait que l'Allemagne fasse du contrat public un contrat à part entière, exorbitant du droit commun. Car si le droit européen en vient à réglementer l'exécution de ces derniers, c'est tout un régime spécial que nos voisins devront élaborer à la hâte. En Belgique, la notion de contrat public existe; mais à défaut de principes particuliers, c'est le code civil qui s'applique à titre de « droit commun supplétif »⁸⁵. Le droit espagnol pour sa part, qui a subi au début du XX^e siècle la double influence des droits allemand et français, est celui dont les similitudes sont les plus grandes avec notre droit positif: la France et l'Espagne ont en commun une juridiction et un droit administratifs, un régime de droit public du contrat, la compétence des juridictions administratives dans cette matière; elles partagent aussi l'existence d'un pouvoir de direction et de contrôle, de modification et résiliation unilatérales aux mains de la personne publique, et consacrent le principe d'équilibre économique du contrat. Pourtant, si les droits espagnol et français partagent la même idée de singularité des contrats publics, le législateur espagnol, sous l'influence du droit supranational, a pris derechef l'option de regrouper l'ensemble des contrats passés par les entités composant les acteurs publics au sein d'un seul et même texte⁸⁶. C'est ce qui fait désormais cruellement

84 Le système juridique du Royaume-Uni se distingue à cet égard, puisqu'il y est communément admis que les contrats des organismes publics sont soumis au droit privé des contrats. La juridiction judiciaire est compétente en matière de contrats des personnes publiques, le régime est celui du droit privé. Les marchés publics y sont considérés comme des « *ordinary, commercial contracts* ». Il faut cependant apporter quelques nuances à cette affirmation, la présence de l'État entraînant, à la marge, l'application de règles spécifiques, tandis que l'arbitrage est largement pratiqué lors des litiges relatifs aux contrats de la Couronne.

85 Cf. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 38.

86 Ley 30/2007, de 30 octobre, de *Contratos del Sector Público (LCSP)* citée par H. DELZANGLES, « La codification du droit de la commande publique est possible: les enseignements du droit espagnol », *DA*, n°4, avril 2009, étude 8. L'exposé de la loi espagnole met d'ailleurs en avant le fait que le droit communautaire a été le levier de la réforme. Cette méthode innovante laissant donc

défaut à notre système juridique. Finalement, la raison de telles variations dans l'appréhension du contrat public s'explique certainement par le fait que le droit européen n'a pas défini le contrat public, s'en tenant à la seule caractérisation des éléments qui composent cet ensemble.

Il est un domaine sur lequel le droit supranational s'est pourtant largement penché, mais qui n'en est pas moins intrinsèquement nébuleux : il s'agit du champ d'application organique des directives. La notion d'« organisme de droit public » est, entre autres, une notion autonome du droit européen, définie sans référence aux qualifications des droits nationaux, et qui doit recevoir « *une interprétation [...] uniforme dans toute la Communauté* »⁸⁷. Mais les critères dont use la CJUE pour circonscrire l'organisme de droit public au sein d'une définition sont encore trop imprécis. La Cour avait déjà spécifié que pour être qualifiée d'organisme de droit public au sens des directives, une entité doit répondre à trois conditions cumulatives : elle doit être un organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, doté de la personnalité juridique, et dépendant d'une autorité publique (État, collectivité territoriale ou autre organisme de droit public). Ces notions mériteraient d'être clarifiées, notamment celle d'intérêt général au sens du droit européen. La Cour, récemment, a sanctionné l'Espagne qui avait exclu les organismes publics ayant un statut de droit privé du champ d'application organique de la réglementation. On peut donc en déduire que la CJUE retient une interprétation fonctionnelle de la notion d'organisme de droit public, mais il est clair que le législateur européen a contribué à créer une réglementation confuse. Une refonte de quelques-unes des normes en matière de droit des contrats publics devrait donc être envisagée dans l'optique d'une codification éventuelle qui se voudrait efficace.

En définitive, ce rapide tour d'horizon européen rend immédiatement compte d'une appréhension à géométrie variable de la matière contractuelle⁸⁸. Le droit européen doit encore harmoniser les notions. Cette orientation devrait simplement s'arrêter aux limites de ce qu'impose l'exécution contractuelle, qui resterait en marge des exigences supranationales. Car dans ce domaine, le chantier, trop vaste, ne pourra être amorcé que de manière empirique, une fois les notions fondamentales intégrées par tous les États.

Le contentieux, illustration d'un domaine réservé des états-membres.

Le domaine du contentieux permet de se rendre compte en revanche de l'opportunité de laisser aux États-membres une latitude d'action pour intégrer les valeurs supranationales. Si l'influence du droit européen a entraîné de profondes modifications des règles processuelles pour tous les états de l'Union, chacun reste, ici encore, marqué par ses propres traditions juridiques et juridictionnelles. Ceci

augurer la possibilité pour le législateur français de codifier à son tour la commande publique pour que la matière gagne enfin en lisibilité.

87 CJCE, 13 janvier 2005, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-84/03.

88 Cette grande hétérogénéité ne recoupe d'ailleurs pas précisément l'appartenance à la tradition romaniste ou à celle de la *common law*.

est sous doute dû au fait que les directives « recours »⁸⁹ ont créé un espace de liberté juridique en cette matière, autorisant les États à limiter tout appel au juge qui s'avérerait disproportionné au vu de l'irrégularité dénoncée.

Inévitablement, les États-membres ont eu une vision très différente de ce qu'impliquait la transposition des directives « recours » ; si certains ont intégré avec sollicitude les exigences européennes, ce n'est pas le cas de tous. La France a ceci de particulier que dans ce domaine encore, la sédimentation de la jurisprudence et des textes a engendré un panel de recours parmi lesquels il est difficile de se retrouver. Très schématiquement, des voies de droit s'offrent à de multiples requérants potentiels au niveau interne : les parties, les concurrents évincés et les tiers dans une certaine mesure peuvent s'adresser au juge⁹⁰. Le contentieux contractuel national est donc largement ouvert, et la législation interne a même été étendue matériellement au-delà de ce qui était imposé par le droit européen. Elle prévoit ainsi l'application des référés contractuels et précontractuels pour les contrats ayant pour objet une délégation de service public, alors que les directives ne visent que les seuls marchés. Certains rapportent ici l'« *excès de zèle* » national, le législateur et le juge ayant refusé d'exercer les droits d'option qui leur sont reconnus, préférant « *l'exagération et la systématisme au pragmatisme* »⁹¹. Cette pleine réception des exigences supranationales ne se retrouve cependant pas chez tous. L'Allemagne et la Grèce pour ne citer qu'elles, ont transposé la directive *a minima* : des recours sont aménagés uniquement pour les marchés publics dont les seuils déclenchent les règles de publicité et mise en concurrence⁹². La Belgique, qui a étendu le régime contentieux issu des directives aux contrats publics qui n'atteignent pas les seuils établis pour la publicité européenne, en a exclu en revanche la concession de service public et la concession domaniale.

Finalement, il est possible d'observer tout un éventail de possibilités en matière de transposition : si les uns s'en tiennent au seul champ d'application matériel des directives européennes, d'autres anticipent une évolution future, amplifiant dans le même temps l'office de leur juge national. Bien sûr, il ne faut pas s'attendre à l'adoption de solutions homogènes dans tous les domaines, mais il faudrait « *au moins tendre à l'unité dans la diversité, et dans la diversité, à l'efficacité* »⁹³. Il est donc nécessaire que le législateur supranational opère sur certains points une harmonisation. Cette harmonisation, qui supplanterait la simple coordination, se verrait tantôt exhaustive, tantôt plus souple selon le domaine. Si le contentieux des contrats publics est ainsi à juste titre plus largement dévolu aux États-membres, il

89 La directive 2007/66/CEE du 11 décembre 2007 relative à l'amélioration et l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics a notamment modifié les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE qui s'appliquaient jusqu'alors.

90 Pour une présentation exhaustive du contentieux des contrats publics en France, voir D. POUYAUD, *RFDA*, janvier-février 2011, p. 6.

91 S. BATOT, *Les rapports juridiques entre les droits interne et communautaire dans le contentieux des contrats de la commande publique*, Mémoire Master 2, Université Robert Schuman, Strasbourg 3, 2008, p. 10.

92 Voir en ce sens P. DELVOLVE, *ibid*, p. 1.

93 *Ibid*, p. 5.

est désormais impératif que le champ d'application organique des directives, par exemple, ne tolère pas d'exceptions nationales. C'est à ce prix que pourra se réaliser pleinement une uniformisation de la matière, préalable à l'intégration des règles au sein d'un futur droit commun européen.

B) La remise en ordre des contrats publics internes, enjeu de l'intégration.

L'intégration du droit des contrats publics à un droit européen des contrats serait l'occasion idéale pour une réorganisation de la matière en droit interne. Car en étant suffisamment développées, les normes européennes pourraient bien avoir un effet structurant sur le droit interne⁹⁴. Et si l'on ne peut s'affranchir aujourd'hui des limites qu'impose le droit européen – notions et principes fondamentaux – il est possible d'envisager une typologie des contrats en droit public interne à la lumière des contraintes imposées par le droit supranational. Celle-ci aurait le double avantage d'éviter les condamnations inutiles et d'atténuer le dédoublement des qualifications juridiques. Si l'entreprise paraît éminemment délicate et est souvent assimilée à un travail de Sisyphe, il ne faut pourtant pas céder à la facilité de la rendre utopique.

Réorganiser la matière autour du critère organique. Pour réaménager la matière, il est essentiel de ne pas considérer chacun des contrats indépendamment les uns des autres, mais de réfléchir à ce qui pourrait faire leur commune unité. Si l'on prend pour référence le droit européen, une unité au sein des contrats de commande publique devrait d'abord être recherchée. Celle-ci pourrait alors s'articuler autour d'un critère organique, option déjà adoptée pour le Code des marchés publics qui tient compte de la qualité de la personne publique contractante. Mais dans l'optique où il s'agirait de s'accorder pleinement avec le droit européen, les modifications substantielles seraient nombreuses. En effet, la logique marchande du droit européen a eu tôt fait de se substituer à la logique de puissance publique du contrat public français, ce qui a eu pour corollaire de porter atteinte au critère organique, tel qu'appréhendé par le droit national. Bien souvent, l'application des règles exorbitantes du droit commun issues du droit européen ne tient pas compte de la distinction des personnes publiques et privées. La singularisation des personnes de la sphère publique se traduit de deux manières : en tant qu'opérateurs économiques, elles sont en principe assujetties à des règles identiques à celles qui s'appliquent aux entreprises ; en tant qu'opérateurs publics, elles sont soumises à des contraintes exorbitantes du droit commun des entreprises privées. Cette « banalisation » de la personne publique porte donc directement atteinte à l'acception en vigueur en droit interne. À s'accorder avec le droit européen, il faudrait alors faire évoluer de manière concomitante le critère organique en droit interne : il ne serait plus assimilé à la distinction personne

94 L'instrument européen pour ce faire doit rester la directive, qui permet de rapprocher le contenu matériel des droits nationaux en altérant le moins possible la logique juridique interne (pour une analyse plus avant de la notion d'harmonisation, cf. M. NADAUD, *La diversité des méthodes d'intégration juridique européenne dans le domaine du droit des contrats. Étude de l'organisation de l'espace normatif européen du contrat*, Thèse, Université de Toulouse I – Capitole, 2010, p. 25 et s.).

publique – personne privée, mais engloberait toute personne morale, quel que soit son statut, qui aurait un lien jugé suffisant avec l'État pour que des règles exorbitantes lui soient conférées. Aussi pertinent que pourrait être le choix du critère organique pour classer les contrats publics, celui-ci nécessiterait donc une redéfinition des notions fondamentales du droit public positif qui tendrait ainsi à refondre l'ensemble de son contenu. Et à supposer que l'on fasse le choix de considérer le contrôle public, commun au droit interne et européen, comme « *critère du critère* » organique⁹⁵, les indices dont se sert le droit supranational pour caractériser la situation de contrôle par une entité publique restent éminemment variables et fonction des circonstances de chaque espèce⁹⁶. Finalement, le choix du critère organique autour duquel s'articuleraient les contrats publics serait source d'incertitudes, d'ambiguïtés, et de complexification du droit positif.

Vers une classification fonction de l'objet contractuel. Le second choix vers lequel il est possible de s'orienter plus naturellement, pour unifier les contrats de commande publique, serait le classement de ces derniers en fonction de leur objet. C'est d'ailleurs l'alternative suivie par le droit supranational, et par l'ensemble des droits des États-membres de l'Union. En droit interne, si la diversité des objets des contrats publics ne permet pas intuitivement d'envisager la détermination d'un régime général commun à tous, il en est autrement pour les contrats de commande publique qui selon une définition extensive, comprennent tous les contrats par lesquels l'administration commande à un tiers l'exécution d'une prestation⁹⁷. Dans ce cas, le destinataire de la prestation comme le mode de rémunération du titulaire du contrat ne sont pas des critères de discrimination : les marchés publics comme les délégations de service public, baux emphytéotiques, ou autres contrats de partenariat, sont des contrats de commande publique. L'unité de la notion se répercute sur le régime : les principes de publicité et de mise en concurrence gouvernent le régime général de passation, qui tend à s'appliquer de manière uniforme dès lors que les contrats ont un enjeu économique. Désormais, ces principes fondamentaux qui président à la passation supplantent l'approche catégorielle⁹⁸, et constituent le « droit commun de la commande publique ». Ce sont eux qui devraient être déclinés en préambule. Puis, deux catégories devraient émerger, car les contrats de commande publique peuvent être caractérisés par la dualité de leur objet : certains d'entre eux ont pour objet la dévolution d'une activité publique, les autres fournissent à l'auteur du contrat les moyens de son action. Dans le cas où la qualification serait délicate, c'est vers le critère du risque qu'il faudrait se tourner⁹⁹. De là découlerait un régime d'exécution propre à chacun dont la

95 L'expression est de L. MARCUS, pour laquelle « *la contestation de l'utilité du critère organique pour fonder les notions juridiques du droit administratif ne convainc pas de l'opportunité de lui préférer des critères matériels pour définir la notion de contrat public* » (L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, thèse, Université Paris II, 2010, p. 222).

96 Voir *supra*.

97 En ce sens, voir la démonstration de J. UZAN-NAULIN, *L'unification du droit des contrats publics*, Thèse, Université Paris XII, 2006, p. 20 et s.

98 Cf. *supra*.

99 Cf. *supra*.

codification pourrait se faire à droit constant, au moins pour les marchés publics¹⁰⁰. Car pour coller au plus près des notions européennes, il s'agirait d'abandonner celle de délégation de service public à laquelle serait substituée celle de concession d'activité publique (travaux ou services). Les notions fonctionnelles de marché public et concession auraient ceci de pratique qu'elles attireraient au sein de la *summa divisio* la quasi-totalité des contrats de commande publique, dès lors que les définitions nationales seraient revues, interprétées par les instances nationales de manière extensive, à la lumière de celles proposées par le droit européen¹⁰¹. Il est certain que la liberté contractuelle permettra toujours de conclure nombre de contrats inédits, car comme le souligne la doctrine, il n'existe pas de *numerus clausus* en matière de contrats publics¹⁰². Mais dès lors qu'elle entrerait dans la famille du contrat de commande publique, une convention se verrait soumise à un corpus de règles, à un régime spécifique en fonction de l'objet qui la caractérise. Encore bien souvent, les montages contractuels dans le domaine de la commande publique n'ont pour seule limite que l'imagination des parties, et sont en définitive déterminés eu égard au régime auquel les parties souhaitent se soumettre (code des marchés publics ou Loi Sapin). Cette voie doit désormais être condamnée, de fait. C'est de l'opération de qualification juridique que doit découler le régime. L'objet du contrat doit donc servir de repère primaire¹⁰³.

Les questions relatives au contentieux contractuel pourraient, elles aussi, faire l'objet d'une codification à droit constant, tant elles sont déjà largement circonscrites par le droit national – sauf à envisager des pistes de réflexion non encore explorées¹⁰⁴.

100 Cette codification à droit constant pour les marchés publics serait rendue possible à la seule condition que le dispositif ne soit pas élargi aux personnes morales de droit privé relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005. Dans ce cas, la notion de marché public correspondrait à celle du droit européen, mais il faudrait alors parallèlement revoir la définition du contrat public pour l'élargir à son tour à l'ensemble des personnes sous contrôle public. L'élaboration d'un code de la commande publique en fonction de l'objet contractuel passera donc également par une révision du critère organique du contrat public.

101 D'un point de vue « méthodologique », il est souhaitable que les autorités publiques profitent des bouleversements engendrés par une éventuelle codification pour rehausser à un niveau législatif quelques-uns des textes épars relatifs aux contrats de commande publique (notamment dans le cas où des dispositions du Code des marchés publics, de nature réglementaires, seraient reprises). Il n'est pas inconcevable pour cela d'étendre la compétence du législateur, prévue par l'article 34 de la Constitution, aux obligations « administratives ». Les principes fondamentaux des contrats publics, de nature législative, verraient leur mise en œuvre précisée par le pouvoir réglementaire.

102 L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 661.

103 Ainsi, l'on verrait disparaître, pour plus de lisibilité, les contrats de partenariat comme catégorie autonome de contrats de commande publique. Ceux-ci doivent, à terme, se voir appliquer le régime de l'une ou l'autre espèce, après examen des clauses contractuelles particulières. Il est donc essentiel que par la suite, le législateur ne crée de nouvelles catégories artificielles de contrat, comme cela a été imaginé pour les partenariats publics privés. Car bien que ces derniers soient, parmi tous les contrats globaux, ceux qui apportent une dimension novatrice par rapport aux marchés ou concessions, leur formule devra pouvoir être déclinée dans l'une ou l'autre catégorie, marché ou concession de travaux, comme cela s'est fait au niveau supranational.

104 Par exemple, P. DELVOLLE suggère d'envisager de confier tout le contentieux précontractuel et contractuel à l'ordre administratif, dès lors que les contrats, qu'ils soient publics ou de droit

La problématique de la réglementation du contenu des contrats, ou de leur exécution, est tout autre : pour le moment réglée essentiellement de manière jurisprudentielle par les États-membres, elle n'est pas abordée par le droit européen. Pour autant, il ne faut pas se satisfaire de cette situation : l'intervention d'un droit écrit est d'une utilité élémentaire, lorsqu'il s'agit de répondre aux incertitudes des opérateurs économiques. C'est donc ce qui touche à l'exorbitance du contrat qui devrait pour l'essentiel être intégré à une réglementation : la théorie de l'imprévision, les pouvoirs de sanction, de modification ou de résiliation unilatérale s'appliquent pour l'heure même dans le silence du contrat. Un vaste travail doit donc être effectué pour que ces règles ne soient plus essentiellement issues des prétoires. Mais les règles exorbitantes ne concernant pas les seuls contrats de commande publique, il serait bien plus judicieux de les insérer dans un cadre plus large, celui d'un code général des contrats publics.

Méthodologie de la codification. La remise en ordre des règles présidant à la commande publique peut donc être un préalable à l'élaboration d'un code des contrats publics ; le passage du spécial au général permettrait d'ores et déjà de réaménager la matière avec plus de cohérence. Dans l'optique d'un tel code, il faudrait dans une première partie décliner les principes communs à l'ensemble des contrats publics¹⁰⁵. Cela supposerait d'aménager la théorie générale du contrat aux caractéristiques et à l'exorbitance du droit public. Sur le modèle du Code civil, il faudrait en guise de disposition préliminaire définir le contrat public. Pour cela, le critère organique, dont dépend l'application de règles spécifiques, devrait être revu. Il est souhaitable de l'entendre aujourd'hui largement, de ne plus se référer aux seules personnes publiques mais à toutes ces personnes morales « sous contrôle public »¹⁰⁶ ; la concordance du droit national avec le droit européen n'en serait que plus juste. Puis, il serait possible de décliner les conditions de validité du contrat public, par analogie avec le droit privé : existence et intégrité du consentement

privé, sont soumis à des procédures de passation qui sont « *fondamentalement des procédures de droit public [...] en vertu des directives européennes* » (P. DELVOLLE, « Le contentieux des contrats publics en Europe », dossier spécial, *RFDA*, janvier-février 2011, p. 3). Cette modification aurait néanmoins pour conséquence immédiate de compliquer l'office du juge administratif, et à dépasser la dichotomie traditionnelle dans ce domaine, il est difficile de penser que la matière serait plus intelligible.

105 L'idée de l'organisation d'un code des contrats publics en trois parties distinctes est empruntée à la démonstration de L. MARCUS (thèse précitée). L'auteur relève trois niveaux dans l'unité des contrats publics : le contrat public, le contrat administratif, et les contrats spéciaux doivent donc être abordés distinctement, puisqu'ils correspondent à trois notions différentes, emportant chacun l'application d'un régime spécifique.

106 Cf. *supra*.

des parties¹⁰⁷, licéité de l'objet et de la cause¹⁰⁸, capacité des parties à contracter. La compétence de la personne publique, les conditions relatives au formalisme, les stipulations obligatoires ou prohibées doivent également être définies, de manière à ce que le régime protecteur de la personne publique, et l'influence des considérations d'intérêt général soient prises en compte, pour conserver toute la spécificité de la matière. Enfin, il serait judicieux d'identifier ces principes qui relèveraient du droit objectif, de l'impératif juridique, et ceux qui auraient trait aux droits subjectifs, laissés à la disposition de la liberté contractuelle des parties.

Dans une seconde partie, les principes applicables aux contrats administratifs pourraient être développés. Cela permettrait à ce stade d'exclure de la réglementation les contrats privés de l'administration, soumis au juge judiciaire. Le contrat administratif résulte de la combinaison d'un critère organique et de critères matériels (présence d'une clause exorbitante du droit commun, lien avec le service public). Cette spécificité doit être maintenue, tant elle correspond à l'application d'un régime particulier: les règles déclinées dans cette partie auraient essentiellement trait à l'exécution contractuelle, puisqu'elles sont celles qui octroient à la personne publique des prérogatives exorbitantes dans l'intérêt du service public (pouvoir de contrôle, de sanction, de résiliation unilatérale...). C'est donc dans ce cadre que l'exécution contractuelle devrait être réglementée. La quasi-totalité des contrats publics seraient soumis à ce régime, puisqu'ils sont généralement des contrats administratifs, par détermination de la loi ou du fait de l'application des critères jurisprudentiels.

Enfin, on pourrait imaginer de réunir dans une troisième partie les règles propres à chaque catégorie de contrats spéciaux, classés en fonction de leur objet. Aux côtés des contrats de commande publique qui en constitueraient l'essentiel, pourraient trouver à se développer toute une série de contrats à contenu variable (contrats d'association ou d'autorisation par exemple¹⁰⁹). L'enjeu serait, une fois ces contrats énumérés, de les doter d'un régime commun spécifique, qui fonderait la théorie générale des contrats publics spéciaux. Mais cette seconde étape paraît délicate. Car si c'est bien l'objet des contrats qui est le seul critère pertinent de leur classification, il est également le principal obstacle à leur unité.

107 En ce sens, voir les conclusions de G. GUILLAUME sous CE Sect., 11 février 1972, *OPHLM du Calvados c/ Caisse franco-néerlandaise de cautionnement*, *AJDA*, 1972, p. 245. Dans le cas d'espèce, le juge administratif estime que le contrat était « entaché d'un accord de volonté des deux parties sur certaines de ses clauses essentielles; que, dès lors, l'accord litigieux doit être tenu pour nul ». La théorie des vices du consentement, transposée dans le droit des contrats publics par le juge administratif, doit également trouver sa place dans un code des contrats publics, même si les vices susceptibles d'entacher le consentement des cocontractants en droit public ne restent qu'exceptionnellement admis. Comme en droit privé, il s'agit du dol, de la violence et de l'erreur, la lésion n'ayant, à notre connaissance, jamais été admise par le juge administratif.

108 Récemment, le Conseil d'État a confirmé son attachement à l'article 1131 du Code civil, affirmant qu'« une convention peut être déclarée nulle lorsqu'elle est dépourvue de cause ou qu'elle est fondée sur une cause qui, en raison du but poursuivi par les parties, présente un caractère illicite » (CE, 15 février 2008, *Commune de La Londe-les-Maures*, *AJDA*, 2008, p. 575).

109 Cf. L. MARCUS, *op. cit.*, p. 520 et s.

Quoi qu'il en soit, l'unification du processus contractuel autour d'un droit « marchand » alimente les espoirs d'une systématisation du droit des contrats publics nationaux, et même au-delà, d'une apparition d'un droit commun transcendant la division traditionnelle interne. C'est bien plus que ce que l'on était en mesure d'attendre de l'influence du droit de l'Union sur notre droit positif. Cela permet alors de soulever la question de la faisabilité de l'intégration des contrats publics à un droit européen des contrats.

Conclusion générale

La faisabilité de l'intégration du droit des contrats publics à un droit européen des contrats. Le constat s'impose ; bien que les régimes diffèrent, la notion de contrat est similaire en droit privé et en droit public, sans quoi elle perd toute signification¹¹⁰. Si la théorie du contrat administratif n'a cessé d'affirmer sa singularité, elle est issue de l'appréhension du droit commun par la personne publique. Donc si l'on dépasse le critère organique, et toutes les règles dérivant du régime particulier, le contrat public n'est plus qu'un contrat spécial répondant à la définition et aux caractères généraux du contrat. Il est dès lors possible d'imaginer la perspective inédite d'un droit général des contrats harmonisé au plan européen, dans lequel prendrait place le droit public. Son intégration invite à se questionner sur l'agencement d'un code européen qui aurait ceci d'extraordinaire pour le juriste français qu'il pourrait fondre dans un corpus unique de règles les contrats publics et de droit privé.

Si l'adoption d'un **code européen des relations économiques** était préférée à celle d'un code européen des contrats¹¹¹, les règles présidant à la pensée économique sont pressenties comme le point de convergence de la *summa divisio* interne : libre jeu de la concurrence, égalité entre les parties, transparence, seraient les exigences communes aux contrats de toute nature, et constitueraient le premier pilier normatif. Composant le socle du droit commun des relations économiques, ils donneraient naissance à des ramifications constituées par les différents droits spéciaux, fonction de la qualification contractuelle. Mais en considérant uniquement ces principes fondamentaux, il est intéressant de constater que ceux-ci ne reçoivent pas la même application en droit privé qu'en droit public. Au sein du droit des contrats publics, l'égalité des parties ne peut être prônée, sauf à imaginer qu'il ne s'agit que de promouvoir l'égalité entre entreprises susceptibles de soumissionner à un contrat public. Si l'on considère alors le principe de transparence, il implique en droit public une obligation de publicité et de mise en concurrence, et ne souffre quasiment aucune exception¹¹², innervant progressivement toutes les figures contractuelles. En droit privé des

110 Selon L. RICHER, « la notion générale de contrat est et ne peut être que la même en droit public et en droit privé. Si tel n'était pas le cas, on voit mal comment il serait possible d'identifier le contrat dans l'une ou l'autre branche du droit » (*Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 15).

111 En ce sens, voir L.-F. PIGNARRE, « Méthode d'harmonisation en vue de la réalisation du marché intérieur », *RLDC*, juillet-août 2001, p. 70.

112 Cf. *supra*.

relations économiques, le principe de transparence connaît la même finalité : dès lors qu'il saisit les relations contractuelles, celles-ci déterminent le jeu de la concurrence sur le marché. Pourtant, cette obligation ne revêt pas la même signification, ou encore le même champ d'application : la transparence, en droit de la consommation notamment, s'applique essentiellement aux conditions générales de vente et en matière de réglementation tarifaire. Elle régit donc essentiellement les rapports contractuels « verticaux » (producteur – distributeur) et conduit à une obligation d'information. Mais elle n'a pas directement pour corollaire l'obligation de publicité et de mise en concurrence comme en droit public qui, elle, commande les rapports contractuels « horizontaux ». Alors, et bien qu'il s'agisse d'une seule et même notion, la transparence des relations économiques ne recouvre pas les mêmes exigences en droit privé et en droit public. C'est là un premier obstacle à l'élaboration d'un Code européen des relations économiques qui, s'il ne peut ignorer le droit public en ce que celui-ci est essentiel au développement des échanges européens, ne semble pas en mesure de fournir un socle commun exprimant « *l'unité par-delà les singularités* »¹¹³. En revanche, à envisager un code européen des contrats, plus généraliste, la transparence devrait rejoindre le rang des principes des seuls contrats à « effet économique », parmi lesquels ceux de la commande publique.

Il serait donc préférable d'opter pour un **code européen des contrats** si l'on souhaitait y intégrer le droit de la commande publique. Celui-ci devrait s'organiser comme suit : une théorie générale du contrat, commune au droit public et privé, avec pour point névralgique le principe de liberté contractuelle ; et parmi les contrats spéciaux, trouveraient à s'insérer les contrats de commande publique. Répondant assurément à la définition du contrat, ceux-ci se verraient également appliquer les principes directeurs de droit européen du contrat reposant sur des notions transversales telles que la bonne foi, ou encore le principe de loyauté¹¹⁴.

Mais pour l'heure, le choix de l'instrument d'harmonisation du droit des contrats est encore discuté. Dans l'optique où un **simple régime optionnel** (28^e régime) devait être consacré, il est entendu que le droit des contrats publics n'aurait pas intérêt à y être affilié : d'un régime spécial contraignant, il est impensable de revenir à un régime général optionnel¹¹⁵. Mais il aurait d'ores et déjà été judicieux,

113 L.-F. PIGNARRE, *op. cit.*, p. 10. L'auteur suggère alors qu'après avoir adopté un droit commun des relations économiques (fondements et principes), le droit des relations économiques spéciales pourrait reposer éventuellement sur la qualité des parties. La notion de pouvoir adjudicateur, au sens du droit européen, aurait pu alors trouver place aux côtés des notions d'entreprises et de consommateurs. C'est par cette voie qu'aurait pu être intégré le droit de la commande publique, à supposer que ce dernier puisse se voir appliquer au préalable le droit commun des relations économiques.

114 L'exigence de loyauté des relations contractuelles a été récemment dégagée par le juge administratif. Si elle est respectée, elle peut justifier que le vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement puisse être dépassé (CE, *Ass.*, 28 décembre 2009, Commune de Béziers, *Rec.* p. 509 ; *CMP*, 2010, n° 123, note P. REES ; *RJEP*, 2010, n° 30, note J. GOURDOU et P. TERNEYRE).

115 Choisir d'intégrer les contrats publics par la voie d'un régime commun optionnel aurait ceci de paradoxal que les deux directives de l'UE relatives aux marchés publics, pour ne citer qu'elles,

au cours des réflexions d'ensemble menées sur l'élaboration du droit européen des contrats, d'envisager d'y inclure la matière publique ; car nous sommes encore loin de l'aboutissement de la construction du droit européen des contrats, et rien ne justifie que le droit des contrats publics ait été mis à l'écart des travaux, pas même le caractère exorbitant de la matière, qui pourrait se voir résorbé sous l'influence du droit privé des contrats.

Si cette étude n'aura donc pas permis de conclure à la faisabilité immédiate de l'intégration de la matière à un droit européen des contrats, elle aura au moins démontré que *via* le droit européen, un nouveau droit des contrats publics interne, débarrassé de ses arguties, pourrait voir le jour. Et à défaut d'un droit des contrats harmonisé au plan européen, cette perspective laisse entrevoir une réalité qui n'en est pas moins singulière, celle qui permettrait d'envisager la réalisation d'un droit commun des contrats interne. Le contrat, de quelque nature qu'il soit, reste cet acte par lequel des sujets de droit se placent volontairement sous le régime d'une loi commune qui leur est extérieure.

ont désormais été pleinement transposées par tous les États-membres après que des procédures d'infraction aient été lancées pour les retards enregistrés. Celles-ci ont donc bien force contraignante dans l'ensemble des pays de l'Union. Un retour en arrière n'est pas concevable.

LA PLACE DE LA NOTION DE RÉPARATION EN DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS

LAURENCE CLERC-RENAUD

-1- La perspective d'un droit européen des contrats couvre-t-elle l'intégration des dispositions relatives à la réparation des dommages?

-2- **Champ d'application.** L'objet de cette contribution trouve sa place dans une problématique relative à la détermination du champ d'application matériel d'un éventuel instrument commun. Le thème de l'ouvrage se limite au droit commun des contrats, et lorsque l'on s'interroge sur la notion de réparation, force est d'admettre que la problématique dépasse largement celle du droit des contrats voire, à en croire certains auteurs, qu'elle y est même étrangère¹. La réparation est la « *traduction concrète de la responsabilité* »². C'est l'objectif premier ou la fonction principale du droit de la responsabilité civile. Et s'interroger sur la notion de réparation conduit inéluctablement à envisager les effets de la responsabilité civile, et par conséquent à déterminer au préalable le champ d'application de celle-ci. Il ne peut y avoir de réparation en matière contractuelle que s'il existe une responsabilité contractuelle.

Néanmoins ce lien étroit entre la responsabilité civile et la réparation est à relativiser. En effet, si la réparation est un objectif inhérent et essentiel de mise en œuvre de la responsabilité civile, elle en déborde assez largement, et particulièrement s'agissant de la responsabilité civile extracontractuelle. Le droit de la responsabilité civile a pendant longtemps pu être considérée comme « *la pièce maîtresse du système légal d'indemnisation des dommages* »³. Inéluctablement, il ne pouvait y avoir de réparation sans responsabilité. Aujourd'hui, la responsabilité civile de droit commun n'a plus, tant s'en faut, le monopole de la réparation, concurrencée par la multiplication de régimes spéciaux de responsabilité civile, mais aussi par divers processus d'indemnisation indépendants des mécanismes de la responsabilité. Il est à présent certain qu'il peut y avoir réparation alors même

1 C. SAINTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, 1884 ; Ph. RÉMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997. 323 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010/2011 ; D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994. 223 ; « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Mélanges G. Cornu*, p. 429 s.

2 J. CARBONNIER, *Les biens. Les obligations*, Quadriga manuels, PUF 2004, n°1201. V. sur la notion de réparation, I. MARIA, *La forme de la réparation en droit français positif et prospectif*, http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/273/273035_ingridmaria.pdf.

3 G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd. 2008, n° 34.

que le fait générateur et le lien de causalité passent au second plan, si bien que l'on peut se demander « si le droit de la responsabilité n'est pas voué à devenir insensiblement un droit de la réparation »⁴. La responsabilité n'est ainsi qu'un seul des moyens existant pour parvenir à l'objectif de réparation. La réparation se socialise non seulement de manière indirecte quand le responsable désigné n'est pas le débiteur de l'indemnité de réparation (notamment par le biais du mécanisme de l'assurance de responsabilité civile) mais aussi de manière directe lorsque l'indemnisation est octroyée sans passer par le relais d'une personne désignée comme « responsable » (sécurité sociale, assurance de chose, fonds de garantie...) ⁵. On conviendra que cette problématique de l'établissement d'un droit commun de la réparation tout fondement confondu est délicate à envisager à un niveau européen. Il y aura lieu de se concentrer sur l'étude de la réparation découlant de la mise en œuvre de la responsabilité civile et particulièrement de la responsabilité civile contractuelle, ce qui n'interdit pas de s'interroger sur la question de savoir si des principes généraux communs à ces deux types de responsabilité (contractuelle et extracontractuelle) existent quant aux règles gouvernant la réparation, mais à condition de s'entendre sur la notion de réparation et sur son existence en matière contractuelle.

-3- Notion de réparation. La réparation se définit d'abord comme l'indemnisation, le dédommagement d'un préjudice par la personne qui est responsable civilement. C'est aussi le « rétablissement de l'équilibre détruit par le dommage consistant à replacer, si possible, la victime dans la situation où elle serait si le dommage ne s'était pas produit »⁶. Cette dernière acception de la réparation recouvre un domaine plus large que l'indemnisation puisqu'elle peut concrètement se réaliser non seulement par l'octroi d'un équivalent sous la forme de dommages-intérêts (indemnisation) mais également par le rétablissement de la situation *ante* dommage *via* une condamnation non pécuniaire, c'est-à-dire une réparation en nature. Cette question nous conduira inéluctablement à nous interroger sur les différentes formes de la réparation qui prend le nom de réparation en nature et réparation par équivalent. Il s'agira aussi de s'intéresser aux contours de la réparation en matière contractuelle car il n'est pas toujours facile de distinguer la réparation de notions voisines et particulièrement dans une perspective d'harmonisation du droit des contrats de celle d'exécution, tant les frontières entre les deux notions peuvent être difficiles à tracer. La notion d'exécution recoupe-t-elle celle de réparation ? Peut-on parler indifféremment d'exécution ou de réparation par équivalent, d'exécution ou de réparation en nature ?

4 C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Quelle(s) réparation(s) ? », *Colloque La responsabilité à l'aube du XXI^e siècle : bilan prospectif*, RCA hors série Juin 2001, Chr. 11.

5 V. sur la variété des fondements et l'expansion de la réparation en droit français, F. LEDUC, « Régime de la réparation – Modalités de la réparation – Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle – Principes fondamentaux », *J.-Cl. Responsabilité civile et assurances*, Fasc. 201, n° 1 et 2. V. également sur la perspective d'un droit commun de la réparation en matière extracontractuelle, L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, Thèse Chambéry 2006.

6 Vocabulaire juridique Capitant, V° Réparation.

-4- Étendue de la réparation. Envisager la réparation impose par ailleurs de s'entendre sur son étendue. Le principe qui domine la matière est celui dit du « *principe de réparation intégrale* » que l'on retrouve sous des expressions diverses et variées selon les auteurs. On parle parfois à son sujet « *du principe de l'équivalence entre dommage et indemnisation* »⁷, du « *principe de la réparation appropriée du préjudice* »⁸ ou encore du « *principe d'équivalence quantitative* »⁹ entre le préjudice subi et la réparation octroyée. Il reste que sous ces différents vocables une même idée prévaut : réparer intégralement c'est d'abord accorder à la victime l'indemnisation de tous les chefs de préjudices subis et dont elle demande réparation sans prendre en considération la gravité de la faute à l'origine de ces préjudices. C'est également, on l'oublie parfois, n'offrir à la victime que la compensation du préjudice : la réparation ne peut donc excéder le préjudice subi et exclut par conséquent les dommages-intérêts punitifs. Réparer intégralement c'est réparer tout le préjudice mais rien que le préjudice¹⁰. Prééminent en droit positif français, ce principe n'est pas une notion inconnue des autres États membres de l'Union¹¹ si bien qu'il peut trouver une traduction dans les différents outils d'harmonisation existants. Pour autant, si le principe de réparation intégrale trouve à s'appliquer en matière extracontractuelle, il peut soulever plus de difficultés en matière contractuelle dans la mesure où il est susceptible d'atténuations spécifiquement liées à la préexistence d'une relation contractuelle entre le créancier et le débiteur. En d'autres termes, à supposer qu'il y ait lieu à réparation en matière contractuelle, son régime obéit-il en tout point à celui qui existe en dehors du contrat ? Peut-on appliquer au contrat les règles régissant la réparation en dehors de tout lien contractuel ? Peut-il y avoir un « droit commun » de la réparation au-delà d'un droit commun des contrats qui s'appliquerait en matière contractuelle et extracontractuelle ?

-5- Les matériaux. L'harmonisation du droit européen des contrats préoccupe de longue date la doctrine et une volonté politique de la Commission Européenne s'associe désormais à cet objectif qui semble aujourd'hui devenir une

7 G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, Tome 2, *Les effets de la responsabilité civile*, LGDJ, 3^e édition, spéc. n° 57 et s. ; V. également sur le « *principe de l'équivalence entre la réparation et le dommage* » : F. LEDUC, « Régime de la réparation – Modalités de la réparation – Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle – Principes fondamentaux », *J.-Cl. Responsabilité civile et assurances*, Fasc. 201, n° 46 et s.

8 PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action 2010-2011, n° 2521 et s.

9 Selon l'expression de M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974, p. 297.

10 G. DURRY, « Rapport de synthèse », *Le préjudice, Questions choisies, Actes du colloque du CREDO: Resp. civ. et Ass.* n° hors série, mai 1998, p. 32 et s. C'est également dans ce double sens que l'entendait SAVATIER (traité, T. II, n° 601, p. 177), de qui la formule jurisprudentielle emblématique du principe est reprise. V. également en ce sens, G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, Tome 2, 1^{er} vol., *Les obligations, Les sources*, Sirey, 2^e éd. 1988, n° 588 ; PH. LE TOURNEAU, *op. cit.* n° 2523 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 57 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT ET E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, Vol. II, *Le fait juridique*, Armand Colin, 14^e édition, n° 387.

11 V. « La réparation intégrale en Europe, réponse au questionnaire », http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/256/256248_reponsesquestion.pdf.

priorité. Il existe de nombreux instruments ou projets. Certains concernent à titre exclusif le droit des contrats. On songe notamment aux Principes du Droit Européen du Contrat (PDEC) ou *Principles of European Contract Law* (PECL), établis par la Commission sur le droit européen des contrats sous l'égide du Professeur Ole Landö. Les dispositions concernant un éventuel droit à réparation en matière contractuelle seront à puiser plus particulièrement aux chapitres 8 et 9 de la première partie qui ont trait à l'inexécution contractuelle et aux divers moyens en cas d'inexécution. On pense également aux Principes Contractuels Communs (PCC) élaborés par l'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de Législation Comparée. Ces travaux, menés selon une démarche de droit comparé, révisent les Principes du Droit Européen du Contrat (PDEC) et proposent des définitions des termes clés et des principes fondamentaux du droit des contrats. C'est à partir des dispositions des chapitres 9 «inexécution et moyens en général» et 10 «les divers moyens en cas d'inexécution» que la réflexion sur l'idée de réparation en matière contractuelle pourra être menée. Par ailleurs, à partir de ces travaux doctrinaux, la Commission européenne a confié à un groupe de chercheurs (Réseau commun pour le droit des contrats européen) la mission d'élaborer un projet de cadre commun de référence (PCCR) en droit des contrats ou Draft Common Frame of Reference (DCFR) dont le domaine d'application est beaucoup plus large. Il couvre non seulement les règles générales du contrat mais aussi le droit des contrats spéciaux, la responsabilité délictuelle, la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause. La réparation est particulièrement abordée dans un livre 6 «*non contractual liability arising out of damage caused to another*» mais ces dispositions n'ont pas vocation à englober la responsabilité contractuelle. Relativement à celle-ci, le texte du DCFR comporte dans un livre 3 un chapitre 3 qui a trait aux moyens dont disposent le créancier en cas d'inexécution du contrat et notamment une section 7 concernant les dommages-intérêts. Enfin, a été publiée par la Commission le 3 mai 2011 une étude de faisabilité élaborée par le groupe d'experts mandaté pour aider la Commission à élaborer une proposition de cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats¹². L'ambition par rapport au DCFR est considérablement réduite puisque l'étude de faisabilité ne concerne que le droit des contrats. Les dispositions relatives au droit à des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat sont prévues dans la Part VI «*Damages, stipulated payments for non performance and interests*» et ressemblent beaucoup aux règles du DCFR. Cette étude de faisabilité a abouti à une proposition de règlement présentée par la commission le 11 octobre 2011 relative à un droit commun européen limité au contrat de vente¹³, un droit commun européen de la vente à valeur facultative, optionnelle pour les parties qui auront choisi de s'y soumettre. Il s'agit d'un second régime de droit contractuel au sein

12 V. la publication en ligne et en langue anglaise sur le site de la commission : http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory_note_results_feasibility_study_05_2011_en.pdf.

13 V. Proposition de règlement du Parlement européen et du conseil relatif à un droit commun de la vente du 11 oct. 2011, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law_fr.pdf.

du droit national de chaque État membre, une harmonisation qui n'impose pas de faire disparaître le droit national existant et un droit commun de la vente qui prévoit notamment certaines dispositions concernant l'inexécution du contrat de vente et ses sanctions mais aucunement un instrument commun de réparation de tout dommage, ni même de tout dommage résultant de l'inexécution d'un contrat.

-6- La démarche. Tous ces dispositifs ne permettent pas d'avoir une vision générale de la notion ou de la place que pourrait avoir la réparation en matière contractuelle dans une perspective d'harmonisation européenne. En revanche, ils seront utilisés pour nourrir la réflexion et prendre position sur les questions posées dans le cadre de cette contribution. À partir d'une étude plus synthétique qu'analytique de ces différents textes, se dégagent différentes tendances dans les choix à opérer pour parvenir à l'objectif d'harmonisation en matière de réparation à la suite d'une inexécution contractuelle. Il résulte de cette observation un constat, celui de l'existence en matière contractuelle d'une réparation dans l'ombre de l'exécution (I). De ce constat, il découle que l'étendue de la réparation se trouve également dans la dépendance du contrat (II), si bien que l'on est en droit de se demander si l'harmonisation de la réparation en matière contractuelle ne s'orienterait pas plus vers la traduction d'un effet du contrat plutôt que vers la manifestation d'une véritable réparation.

I - L'existence de la réparation en matière contractuelle: la réparation dans l'ombre de l'exécution

-7- Réparation ou exécution? La question se pose tant lorsqu'il s'agit d'examiner le droit à des dommages-intérêts sanctionnant l'inexécution du contrat (A) que lorsqu'est octroyé au créancier le droit d'obtenir autre chose qu'une somme d'argent (B).

A) le droit à des dommages-intérêts sanctionnant l'inexécution du contrat

-8- Dans les différents textes et projets d'harmonisation, existe une constante: le créancier d'un contrat inexécuté est en droit d'obtenir des dommages-intérêts en cas d'inexécution. Or, la question qu'il y a lieu de se poser est celle de savoir quelle peut être la place occupée par les dommages-intérêts sanctionnant l'inexécution des obligations contractuelles. Ces dommages-intérêts ont-ils une fonction de réparation ou ne sont-ils qu'une exécution par équivalent du contrat? La conception que l'on se fait des dommages-intérêts en matière contractuelle dépend de l'idée que l'on se fait de la responsabilité contractuelle.

-9- Exposé de la controverse doctrinale en droit français. En droit français, on sait qu'une controverse agite la doctrine. Elle semble connaître son apogée à la fin du siècle dernier mais elle continue à nourrir le débat et se résume souvent avec cette question: «pour ou contre une responsabilité civile contractuelle?». Cette controverse maintenant bien connue conduit à prendre position sur la nature et la fonction des dommages-intérêts contractuels. Pour certains, et parce que le Code civil n'a jamais abordé la question des dommages-intérêts contractuels en termes d'effet de la «responsabilité contractuelle», il

existerait une différence de nature entre les deux responsabilités en raison d'une différence de fonctions, les dommages-intérêts contractuels étant destinés, non à réparer un dommage, mais à assurer l'exécution par équivalent du contrat¹⁴. Si l'idée peut *a priori* séduire en ce qu'elle permet d'attirer l'attention sur la spécificité des dommages-intérêts en matière contractuelle, elle ne saurait complètement convaincre et a été plus ou moins vivement combattue par une doctrine qui reste attachée à la fonction indemnitaire de la responsabilité contractuelle¹⁵. Considérer les dommages-intérêts contractuels comme l'exécution par équivalent du contrat suppose de ne pas faire de différence entre l'obligation initialement souscrite par le débiteur et l'obligation de « réparer » ou l'obligation consécutive à l'inexécution du contrat. Pourtant, l'équivalent monétaire est souvent autre chose que l'exécution de la prestation promise à moins de limiter considérablement l'étendue des dommages-intérêts contractuels et de nier que l'obligation qui naît de l'inexécution du contrat suppose encore l'existence d'un préjudice non réductible à l'équivalent de la prestation promise inexécutée.

La thèse opposée s'exprime dès 1892 sous la plume de Grandmoulin¹⁶. Cet auteur défend l'idée de l'unité des responsabilités en soutenant que la responsabilité contractuelle aurait, à l'instar de la responsabilité délictuelle, une fonction indemnitaire et consisterait dans l'obligation de réparer le dommage causé au créancier par l'inexécution fautive du contrat. Pour autant, cette unité de nature de la responsabilité contractuelle aboutit-elle à une unité de régime? Rien n'est moins sûr, la thèse du monisme extrême a aujourd'hui peu de partisans¹⁷ même si on en retrouve des stigmates chez certains auteurs qui militent pour un rapprochement des deux responsabilités¹⁸.

14 V. déjà en ce sens C. SAINTTELLETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, 1884; PH. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Dalloz, 3^e éd., 1982, n° 160 et s., v. également et notamment D. TALLON, « L'inexécution du contrat: pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223; « Pourquoi parler de faute contractuelle? » *Mél. G. Cornu*, PUF, 1994, p. 429; PH. RÉMY, « La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323; v. déjà du même auteur, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et cultures* 1996 n° 1 p. 31; J. CARBONNIER, *Droit civil* T. IV, *Les obligations*, Puf Thémis 1996, 20^e éd., n° 154. V. aussi D. GARDNER et B. MOORE, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », *Les cahiers du droit* vol. 48, 4 déc. 2007, p. 543 à 578: ces auteurs proposent d'expurger du droit québécois la notion même de responsabilité contractuelle.

15 P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », *Les métamorphoses de la responsabilité*, Journées Savatier, PUF, 1997, p. 65; G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *Mél. J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 921; C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *Mél. P. Catala*, Litec 2001, p. 243; E. SAVAUX, « La fin de la responsabilité contractuelle? », *RTD Civ.* 1999, p. 1; E. SAVAUX et R.-N. SCHÜTZ, « Exécution par équivalent, Responsabilité et droits subjectifs », *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 271.

16 J. GRANDMOULIN, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, thèse Rennes, 1892.

17 V. cependant, V. WESTER-OUISSE, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle: fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD civ.* 2010, p. 419.

18 H. L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Montchrestien, 6^e éd. 1965, T. I, n° 96 et s.; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, T. II, 1^{er} vol. *Les obligations*, Les sources, Sirey 2^e éd. 1988, n° 361; C. LARROUMET, *Droit civil*, T. III,

-10- Recherche d'un consensus. Entre ces deux positions, ne peut-on pas soutenir qu'il existe deux régimes de responsabilité et que tant la responsabilité extracontractuelle que la responsabilité contractuelle ont la même nature et une fonction d'indemnisation ou de réparation ? Pour autant, abordées sous l'angle de la réparation, les règles de la responsabilité contractuelle, semblent porteuses d'une problématique spécifique. Précisons à cet égard qu'il n'est nullement besoin de tenir la responsabilité contractuelle pour un « faux concept »¹⁹ pour prendre le parti que nous retenons ici. Est-il si audacieux de soutenir que la responsabilité contractuelle est bien une responsabilité donnant naissance à une obligation de réparation, mais qu'elle est une autre responsabilité²⁰ ? Qu'elle obéisse à des règles spécifiques, nul ne peut le contester, et quelques dispositions emblématiques, comme celles des articles 1149 à 1151, suffisent à convaincre de la vanité d'une recherche d'unité. Il n'est que de songer, par exemple, à la question du *quantum* de la réparation²¹ pour prendre la mesure de la part d'irréductible spécificité de la responsabilité contractuelle. En réalité, dès lors que l'on admet la légitimité des règles spécifiques applicables en matière contractuelle, on doit convenir aussi qu'elles trouvent leur justification dans une problématique qui n'est pas intégralement transposable à celle de la réparation des dommages²².

-11- La place des dommages-intérêts contractuels dans les différents projets européens. Il ressort avant tout de la lecture des différents projets que les dommages-intérêts sont perçus comme un remède ou un moyen parmi d'autres dont dispose le créancier en cas d'inexécution du contrat. Cette présentation rattache plutôt le droit à des dommages-intérêts aux dispositions contractuelles qu'à celles inhérentes au droit de la responsabilité civile ou de la réparation. En effet, lorsque le texte envisage uniquement le droit des contrats, les dispositions relatives aux dommages-intérêts y ont leur place (par exemple dans les PDEC ou les PCC) et si le texte a un domaine d'application plus large et qu'il envisage aussi la responsabilité extracontractuelle, les dommages-intérêts contractuels sont abordés dans la partie relative au contrat et non dans la partie relative à la responsabilité extracontractuelle (DCFR). Cette approche est issue du système de *common law* et particulièrement du droit anglais du contrat où le terme de « remède » est spécialement choisi pour le contractant victime de l'inexécution : « *remedies precede rights* » en présence d'un « *breach of contract* »²³. Cette inspiration

Le contrat, Economica, 4^e éd., n° 599 et s. ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd. 2008, T. I, n° 242 et s.

19 PH. RÉMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », préc.

20 Rappr. P. ANCEL, « La responsabilité contractuelle », *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), Dalloz 2003, p. 243 et s.

21 V. *infra*, n° 18 et s.

22 L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, spéc. n° 12.

23 V. sur l'inspiration exercée par le droit anglais : D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994 p. 223 et s. V. également en ce sens, P. ANCEL, article préc. spéc. p. 244.

est prégnante dans les Principes du Droit Européen du Contrat et dans les Principes Contractuels Communs. Le chapitre 8 des PDEC et le chapitre 9 Des PCC s'intitulent « inexécution du contrat et moyens en général » et sont introduits par la disposition générale de l'article 8:101 (PDEC) et 9: 101 (PCC) prévoyant que toutes les fois qu'une partie n'exécute pas une obligation résultant d'un contrat le créancier est fondé à recourir à l'un quelconque des moyens prévus au chapitre 9 ou 10 sauf si le débiteur peut se prévaloir d'une cause d'exonération. Ce chapitre 9 est divisé en plusieurs sections relatives à chaque moyen particulier (droit à l'exécution, exception d'inexécution, résolution du contrat, réduction du prix) et se termine par la section 5 intitulée « du droit à des dommages-intérêts ». Le DCFR suit quasiment la même structure. Le chapitre 3 du livre 3 est consacré aux « moyens en cas d'inexécution du contrat » et la section 7 aborde « les dommages-intérêts ». En ce qui concerne la proposition de règlement relative au droit commun de la vente du 11 octobre 2011, elle prévoit dans une quatrième partie les obligations et moyens d'action des parties à un contrat de vente ou à un contrat de fourniture de contenu numérique. Le début du chapitre 11 liste les moyens d'action à la disposition de l'acheteur, dont le droit de demander des dommages-intérêts²⁴. La même présentation se retrouve au chapitre 13 au profit du vendeur²⁵, ou encore au profit d'une des parties à un contrat de services connexes²⁶. Cependant, le régime de ce droit à demander des dommages-intérêts est envisagé dans une autre partie qui lui est entièrement consacrée contrairement aux autres moyens d'action²⁷.

-12- La nature et la fonction des dommages-intérêts contractuels dans les différents textes et projets européens. En dehors de l'argument de la présentation formelle du droit à des dommages-intérêts, il est difficile d'être complètement convaincu que ces dommages-intérêts contractuels ne soient qu'une modalité d'exécution par équivalent du contrat et qu'ils échappent à l'idée de réparation. Principalement parce que le droit à des dommages-intérêts en matière contractuelle dans les différents textes et projets n'évince aucunement la nécessité d'un préjudice. En d'autres termes, des dommages-intérêts ne sont accordés que si le créancier a souffert d'un préjudice du fait de l'inexécution du contrat : ce sont donc bien des indemnités de réparation d'un préjudice qui semblent s'inscrire dans le modèle européen et non une simple exécution par équivalent du contrat inexécuté, qui, en toute logique n'exigerait pas d'autres conditions que l'inexécution du contrat pour donner droit à des dommages-intérêts. En effet, l'harmonisation européenne s'est réalisée autour de cette conception de dommages-intérêts contractuels de réparation d'un préjudice du fait de l'inexécution, conception la plus partagée, pays de *Common Law* mis à part, et qui est présentée comme reflétant le droit commun des États de l'Union européenne²⁸. La plupart des textes et projets prévoient que le créancier a droit à des dommages-intérêts pour le préjudice

24 Article 106 e).

25 Article 131 d).

26 Articles 155 et 157.

27 Partie VI Chapitre 16 Dommages et intérêts ; intérêts de retard, articles 159 et suivants.

28 V. P. ANCEL, art. préc. spéc. n°8, p. 247.

que lui cause l'inexécution du contrat²⁹, il s'agit donc bien d'une indemnité de réparation. La fonction de réparation des dommages intérêts contractuels apparaît aussi très clairement à l'article 2 g) de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au droit commun européen de la vente définissant les « dommages et intérêts » comme « *une somme d'argent à laquelle une personne peut avoir droit en réparation d'un préjudice, d'un dommage corporel ou d'un autre dommage* ». On regrette cependant cette formulation assez énigmatique qui semble faire une distinction entre le préjudice, le dommage corporel ou l'autre dommage, que l'on peine à comprendre.

B) Le droit d'obtenir autre chose qu'une prestation monétaire : réparation en nature ou exécution en nature ?

-13- Alors qu'en matière délictuelle les dommages-intérêts sont le remède principal voire quasi exclusif, ils ne sont, en cas d'inexécution du contrat, qu'un remède parmi d'autres. On retrouve comme point commun dans la quasi-totalité des projets d'harmonisation la liberté d'invoquer l'un des « remèdes » ou « moyens » en cas d'inexécution³⁰, voire de les cumuler dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles entre eux³¹. Parmi ces autres remèdes on s'attachera principalement au droit d'exiger l'exécution du contrat (exécution forcée) et particulièrement l'exécution en nature (terme préféré par les différents projets d'harmonisation) pour les obligations autres que de sommes d'argent, que l'on tentera de distinguer de la réparation en nature.

-14- Place de l'exécution en nature par rapport au droit à des dommages-intérêts. Rappelons en préambule que ces deux remèdes ne sont pas fongibles : l'exécution forcée de l'obligation contractuelle peut être poursuivie par le créancier sans que celui-ci ait à justifier d'un préjudice³² alors que l'existence du dommage est une condition *sine qua non* de la réparation tant en droit français que dans les différents projets d'harmonisation européenne³³. Les textes et projets distinguent selon la nature de l'obligation. Ainsi, pour les dettes de sommes d'argent exigibles l'article III.—3:301 du DCFR dispose que le créancier a le droit d'en obtenir le

29 C'est ainsi le cas dans les PCC (art 10:501), dans les dans le DCFR (article 3 : 701), et dans la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011 (article 159). V. aussi très clairement en faveur.

30 V. article III-3:101 du DCFR : « (1) *Lorsqu'une obligation n'est pas exécutée par le débiteur et que l'inexécution ne bénéficie pas d'une exonération, le créancier est fondé à recourir à l'un quelconque des moyens prévus dans le présent chapitre.* (2) *Lorsque l'inexécution du débiteur bénéficie d'une exonération, le créancier est fondé à recourir à l'un quelconque de ces moyens excepté les demandes d'exécution en nature et de dommages et intérêts.* (3) *Le créancier ne peut recourir à aucun de ces moyens dans la mesure où il a provoqué l'inexécution du débiteur* ». V. également article 8.101 PDEC ; article 9:101 PCC. On retrouve des dispositions similaires dans le projet de règlement qui prend soin de distinguer entre les moyens dont dispose l'acheteur (article 106) et les moyens dont dispose le vendeur (article 131) en cas d'inexécution.

31 V. par exemple article III-3:102 du DCFR ; article 8.102 des PDEC ; article 9:102 des PCC repris dans article 106 du projet de règlement.

32 V. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, préc. p. 43, n° 19.

33 V. *supra* n°12.

paiement. Et, concernant les obligations autres que de sommes d'argent, l'article III.—3:302, quant à lui, nuance. Il pose le principe que le créancier peut exiger l'exécution en nature comprenant la correction sans frais d'une exécution non conforme aux termes de l'obligation. Mais le DCFR, comme les autres textes et projets³⁴, prévoient certaines limites à cette possibilité, plus ou moins semblables à celles qui existent en droit français à l'article 1142 du Code civil pour justifier la place restreinte qui est faite à l'exécution forcée des obligations de faire. Ainsi, l'exécution en nature ne peut être exigée lorsque l'exécution serait soit impossible ou illicite, soit d'un caractère tellement personnel qu'il serait déraisonnable de l'exiger. Toutefois, le DCFR et les autres textes d'harmonisation se préoccupent plus de l'efficacité économique du contrat que le droit français. Comme le souligne un auteur, la liberté de choix du créancier est tempérée par la rationalité économique dans les différentes propositions européennes³⁵. Notamment, l'exécution en nature ne pourrait être demandée lorsqu'elle serait déraisonnablement lourde ou coûteuse³⁶. Il est également prévu une limite temporelle qui n'existe pas en droit français puisque le créancier est déchu du droit d'exiger l'exécution en nature si cette exécution n'est pas demandée dans un délai raisonnable après que le créancier a eu ou a pu raisonnablement avoir connaissance de l'inexécution³⁷.

Par conséquent, de prime abord, comme en droit français³⁸ aucune hiérarchie ne semble exister entre réparation et exécution en nature. Le créancier n'est pas obligé de demander l'exécution en nature et peut préférer la réparation du préjudice que lui cause l'inexécution. L'action en réparation n'est pas subsidiaire par rapport à l'exécution en nature. Néanmoins une certaine subsidiarité (ou plus exactement un caractère résiduel du droit à des dommages-intérêts) apparaît lorsque l'exécution en nature n'est pas admise, le créancier conservant le droit d'obtenir des dommages-intérêts³⁹. Notons également une distinction par rapport au droit français venant encore nuancer l'idée d'une totale liberté de choix quant aux remèdes de l'inexécution, qui trouve sa raison d'être dans la préservation de l'efficacité économique du contrat et l'obligation de minimiser son propre

34 Article 10:102 PCC; article 9: 102 (2) PDEC: «*Toutefois, l'exécution en nature ne peut être obtenue lorsque (a) l'exécution serait impossible ou illicite; (b) elle comporterait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables; (c) elle consiste à fournir des services ou réaliser un ouvrage présentant un caractère personnel ou dépend de relations personnelles; (d) ou le créancier peut raisonnablement obtenir l'exécution par un autre moyen*».

35 V. PH. THÉRY, «L'exécution forcée», *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), Dalloz 2003, p. 235 et s, spéc. p. 242.

36 Article III.—3:302 (3) (b) DCFR; V. également article 9:102 (2) (b) et (d) des PDEC et 10:102 (2) (b) et (d).

37 Article III.—3:302 (4) V. également article 9:102 3) des PDEC et 10:102 3) des PCC.

38 V. C. civ., art. 1184, al. 2: «*... La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts*».

39 V. article III.-3: 303 du DCFR: Les dispositions de l'article précédent en vertu desquelles l'exécution en nature n'est pas admise ne font pas obstacle à une demande de dommages et intérêts. V. dans le même sens, Article 9:103 des PDEC et 10:103 des PCC.

dommage⁴⁰ : le créancier ne peut obtenir des dommages-intérêts en réparation de son préjudice ou le paiement d'une somme d'argent stipulée pour inexécution, dans la mesure où il a augmenté le préjudice ou le montant du paiement en insistant de façon déraisonnable pour obtenir l'exécution en nature dans des circonstances dans lesquelles il aurait pu effectuer une opération de remplacement raisonnable sans efforts ni frais significatifs⁴¹.

-15- Une place pour la réparation en nature en matière contractuelle?

La question qui se pose est celle de savoir si, outre la liberté du créancier de demander l'exécution en nature ou la réparation, il bénéficierait, en matière contractuelle, d'un choix des moyens de la réparation entre une réparation en nature ou sous la forme de dommages-intérêts. La réponse à cette question mérite que l'on soit d'abord convaincu de l'existence et de la nécessité d'une réparation en nature en matière contractuelle, alors que la question ne se pose pas en matière de responsabilité extracontractuelle. C'est encore ici une interrogation qui traduit un signe de la spécificité de la réparation en matière contractuelle (ou de la responsabilité contractuelle), une réparation dans l'ombre de l'exécution. D'abord, en matière contractuelle, le principe de la force obligatoire du contrat interdirait au juge d'exiger du débiteur une prestation autre que celle qui avait été stipulée dans la convention. Or, ce serait ce qu'il fait lorsqu'il ordonne une mesure de réparation en nature qui se distingue à la fois de l'exécution (spontanée ou forcée) par le débiteur et de la faculté de remplacement spécialement autorisée, à la fois en droit français par les articles 1143 et 1144 du Code civil et plus largement dans les propositions européennes. Surtout, on peut se demander si la réparation en nature n'équivaut pas en matière contractuelle à l'exécution en nature : lorsqu'elle atteint son but, celui de faire disparaître le dommage, la réparation en nature serait une forme d'exécution en nature⁴². En droit français, il semble que la réparation en nature ait sa place, même en matière contractuelle. Pour les professeurs G. Viney et P. Jourdain, les réparations en nature « *les plus caractéristiques concernent le louage d'ouvrage et la vente ou les autres contrats engendrant une obligation de livrer ou de restituer un bien. Lorsque le locateur d'ouvrage a mal exécuté sa tâche et que l'objet fabriqué ou construit se révèle de ce fait défectueux ou non conforme, il est fréquent en effet que le juge ordonne au débiteur de procéder ou de faire procéder à la remise en état ou à la mise en conformité du bien* »⁴³. Il y aurait donc une réparation en nature du dommage subi constitué par le fait de ne pas avoir reçu le bien promis en obligeant le débiteur fautif à fournir un autre bien, ou une autre prestation, ou à réparer le bien défectueux ou perfectionner sa prestation. Pourtant, il semble que ces exemples cités comme des cas de réparation en nature pourraient tout aussi bien s'analyser sans artifice et difficulté comme des cas d'exécution en nature⁴⁴. La remise en état d'un bien construit ou d'une chose vendue défectueuse n'est-

40 V. *infra* n°23.

41 Article III.-3 : 302 DCFR.

42 V. sur ces arguments mais pour les réfuter, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°26.

43 *Ibid.*

44 P. RÉMY-CORLAY, *Revue des contrats*, 1^{er} janvier 2005 n° 1, p. 13 et s.

elle pas typiquement un cas où précisément on condamne le débiteur défaillant non pas à réparer (sauf à prendre ce terme au sens commun de remise en état) mais à exécuter précisément ce à quoi il s'était engagé contractuellement : livré un bien conforme à ce qui était prévu contractuellement ? Cependant, lorsque le débiteur est obligé de fournir une prestation distincte de celle à laquelle il s'était contractuellement engagé, est-on toujours en présence d'exécution ? Ne s'agit-il pas plutôt de compenser par un équivalent non pécuniaire la perte causée par l'inexécution ? Si la jurisprudence française semble reconnaître une telle possibilité, on constate que dans les différents textes et projet d'harmonisation européenne la seule modalité de réparation admise est l'octroi de dommages-intérêts. En matière contractuelle, l'existence d'une réparation en nature serait une spécificité française. Dans les différents textes et projet d'harmonisation européenne, il n'a pas été jugé utile de consacrer une modalité de réparation en nature qui se distinguerait de l'exécution en nature.

II - L'étendue de la réparation en matière contractuelle : la réparation dans la dépendance du contrat

-16- Parce que la réparation en matière contractuelle présente la particularité de se situer dans la dépendance du contrat, la question de l'existence du Principe de réparation intégrale est légitime (A), surtout que les limites spécifiques relatives à l'étendue des dommages-intérêts contractuels (B) sont nombreuses.

A) L'existence du Principe de réparation intégrale en question

-17- **État du débat en droit français.** En droit français le principe de réparation intégrale constitue la directive essentielle d'évaluation des préjudices. En matière extracontractuelle, si le sens et la portée d'un tel principe ne font pas l'unanimité en doctrine, l'existence même de ce principe n'est pas contestée⁴⁵. En matière contractuelle, les opinions concernant l'existence du principe de réparation intégrale sont partagées : certains soutiennent qu'il est formulé par l'article 1149 du Code civil⁴⁶ qui dispose que « *les dommages et intérêts dus au créancier sont en général de la perte qu'il a faite et du profit dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après* ». D'autres auteurs, notamment ceux qui contestent l'existence même de la responsabilité contractuelle, y voient une référence à l'intérêt positif⁴⁷ : placer autant qu'il est possible le créancier dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été dûment exécuté. Pour ces auteurs, Pothier le disait déjà, en soutenant que les dommages-intérêts ne sont pas autre chose que l'estimation

45 De façon constante depuis 1954, la Cour de cassation proclame que « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* ». Cass. 2^e civ., 28 octobre 1954, *Bull. civ. II*, n° 328, p. 222 ; *JCP* 1955, éd. G. II, 8765, note R. SAVATIER, *RTD civ.* 1955, p. 324, obs. H. et L. MAZEAUD.

46 G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.* n° 57.

47 P. RÉMY-CORLAY, art. préc.

de l'intérêt qu'a le créancier à l'exécution de l'obligation⁴⁸. Par conséquent, c'est l'intérêt du créancier au contrat qui détermine le montant des dommages-intérêts qui n'ont pas le même objet qu'en matière délictuelle : ils ne servent pas à rétablir le demandeur dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage n'avait pas été causé⁴⁹. Cette opposition se retrouve dans les différents projets de réforme du droit des obligations en droit interne. Dans l'avant-projet Catala, la référence au principe de réparation intégrale se retrouve sans ambiguïté dans le chapitre consacré aux effets de la responsabilité, sans distinction entre les deux ordres de responsabilité⁵⁰. Au contraire, le projet Terré, dont l'article 118 précise d'emblée que « *les dommages et intérêts sont, en règle générale, d'un montant qui place le créancier dans la situation où il se trouverait si le contrat avait été dûment exécuté* » fait plutôt référence à l'intérêt positif et rend hommage à l'idée d'exécution par équivalent. Tout préjudice ne se rapportant pas à cette définition stricte de l'intérêt contractuel est implicitement rejeté dans le champ de la responsabilité extracontractuelle⁵¹.

-18- État de la question de l'existence du principe de réparation intégrale dans les projets d'harmonisation. En faveur de l'existence d'un principe de réparation intégrale en matière contractuelle, différents arguments peuvent être évoqués. D'abord, on rappellera que l'octroi de dommages-intérêts en matière contractuelle suppose l'existence d'un préjudice⁵². Ensuite, les différents types de préjudices réparables sont définis largement. Ainsi, selon le DCFR, le créancier a droit à des dommages et intérêts pour le préjudice que lui cause l'inexécution d'une obligation par le débiteur, à moins que l'inexécution ne bénéficie d'une exonération. Le préjudice réparable inclut le préjudice futur dont la réalisation peut raisonnablement être tenue pour vraisemblable et le mot « préjudice » inclut le préjudice économique et non économique. La locution « préjudice économique » inclut la perte de revenu ou profit, les frais subis et la dévalorisation du bien. La locution « préjudice non économique » inclut les peines et souffrances et la diminution de la qualité de vie⁵³. On retrouve la même définition large du préjudice réparable à l'article 9:501 des PEDC ou encore à l'article 10:501 des PCC. Le projet de règlement du droit de la vente adopte quant à lui une définition plus restrictive du préjudice dans son article 2. Si le terme de « préjudice » doit être entendu comme comprenant à la fois le préjudice économique et le préjudice non économique tel que la douleur et la souffrance, sont exclus d'autres formes de « dommage non économique » comme « la détérioration de la qualité de vie et la

48 R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, éd. Bernardi 1805, n° 138.

49 P. RÉMY-CORLAY, art. préc.

50 Article 1370 de l'avant-projet Catala : « *Sous réserve de dispositions ou de conventions contraires, l'allocation de dommages-intérêts doit avoir pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit* ».

51 V. sur cette question, PH. BRUN, « Les dommages-intérêts contractuels », *Les avant-projets de réforme du droit des obligations*, acte du colloque de Saint-Jacques de Compostelle du 17 et 18 février 2011, à paraître.

52 V. *supra* n°12.

53 Article III.—3:701 introduisant la section relative au droit à des dommages-intérêts.

privation de jouissance». En revanche, ce texte tranche clairement sur la fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels en définissant les «dommages-intérêts» comme «une somme d'argent à laquelle une personne peut avoir droit en réparation d'un préjudice, d'un dommage corporel ou d'un autre dommage»⁵⁴.

Est-ce pour autant que les différents projets consacrent l'idée d'un principe de réparation intégrale en matière contractuelle? En comparaison avec les projets français, il ne paraît pas déraisonnable d'affirmer que lorsque l'on regarde les dispositions relatives à la «mesure des dommages-intérêts», on est beaucoup plus proche de la logique du projet Terré et des termes de son article 118 que de l'avant-projet Catala. Toutes les dispositions des différentes propositions d'harmonisation adoptent plus ou moins la même formulation: «les dommages et intérêts sont en règle générale d'un montant qui permette de placer, autant que possible, le créancier dans la situation où il se serait trouvé si l'obligation avait été dûment exécutée. Ils tiennent compte tant de la perte qu'il a subie que du gain dont il a été privé»⁵⁵. On reconnaît la référence à l'intérêt positif et on comprend que les partisans du retour à la conception classique trouvent un argument supplémentaire dans les projets d'harmonisation du droit européen à l'idée selon laquelle la responsabilité contractuelle n'est qu'une exécution par équivalent⁵⁶. Toutefois, la position des projets d'harmonisation sur la mesure des dommages-intérêts contractuels ne serait pas pour d'autres si éloignée que cela du principe de réparation intégrale que l'on connaît en droit français, parce que replacer le créancier dans la situation dans laquelle il se serait trouvé en cas d'exécution, ce n'est pas seulement lui verser l'équivalent de la prestation qu'il n'a pas reçue, c'est aussi l'indemniser de tous les préjudices qui découlent de l'inexécution⁵⁷.

Toutefois, ce qui reste de nature à embarrasser le juriste français réside dans cette ambiguïté des projets d'harmonisation: peut-on à la fois prendre parti sur l'existence de la fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels notamment à travers l'exigence d'un préjudice tout en faisant référence aussi explicitement à la notion d'intérêt positif⁵⁸, se rapprochant plus de l'exécution que de la réparation? Au contraire, dans le projet Terré, l'exigence du préjudice et de sa caractérisation n'apparaît pas. L'article 117 dont la rédaction est très proche de l'actuel article 1147 du Code civil, fonde clairement le droit à dommages et intérêts sur le fait de l'inexécution et non sur la caractérisation d'un préjudice⁵⁹. Quoi qu'il en soit et à supposer que la conception des projets d'harmonisation

54 Article 2 g) de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relative à un droit commun européen de la vente.

55 Article III.—3:702 du DCFR. V. également sur la mesure des dommages et intérêts en général des dispositions quasi identiques à l'article 160 de la Proposition du Parlement européen et du Conseil relative à un droit commun européen de la vente, article 9:502 des PDEC, article 10:502 des PCC.

56 V. particulièrement en ce sens, P. RÉMY-CORLAY, article préc. L'auteur se réfère explicitement à l'article 9:502 des PEDC.

57 P. ANCEL, article préc. spécialement p. 256.

58 Son pendant, l'intérêt négatif, se retrouve par exemple dans les PEDC, article 4.117 relatif à la responsabilité en cas d'annulation du contrat.

59 V. en ce sens Ph. BRUN, art. préc.

ne soit pas indifférente à l'idée même d'une réparation en matière contractuelle, d'autres arguments à rechercher dans les nombreuses limitations ou dérogation au principe de réparation intégrale, conduisent à s'interroger sur sa portée.

B) Les limites spécifiques à l'étendue des dommages-intérêts contractuels

-19- La spécificité de la réparation en matière contractuelle, présente en droit français, semble encore plus accentuée dans les différents projets d'harmonisation européenne, lorsque l'on envisage les très nombreuses limites aux dommages intérêts contractuels. Faudrait-il envisager un droit commun de la réparation prévoyant tout à la fois le principe de réparation intégrale comme modèle et la restriction de la réparation au dommage prévisible comme parangon ? Quand une réparation n'est pas intégrale, est-ce encore une réparation ? Les arguments sont nombreux pour soutenir que le principe de réparation intégrale est loin de constituer « *l'aboutissement théorique de l'évaluation monétaire du dommage consécutif à l'inexécution des obligations contractuelles* »⁶⁰ et la réparation du préjudice contractuel n'est pas la même qu'en matière extracontractuelle en « *se situant nettement dans l'orbite de l'obligation préexistante* »⁶¹.

-20- Les dommages-intérêts contractuels limités au dommage prévisible. Cette règle, qui n'est pas sans rappeler l'article 1150 du Code civil⁶², se retrouve dans tous les projets d'harmonisation européenne. « Le débiteur n'est tenu que du préjudice qu'il a prévu ou aurait dû raisonnablement prévoir au moment de la conclusion du contrat comme étant une conséquence vraisemblable de l'inexécution, lorsque ce n'est point intentionnellement ou par sa faute lourde que l'obligation n'est pas exécutée ». C'est en ces termes que s'exprime la limitation à l'article 9.503 des PDEC et 10.503 des PCC et sensiblement de la même manière à l'article III.—3:703 : du DCFR. Cette limitation n'appelle pas d'autres remarques si ce n'est qu'elle traduit la spécificité de la réparation du préjudice contractuel qui trouve sa raison d'être dans le respect du contrat en tant qu'acte de prévision, sans pour autant remettre en cause l'idée même de réparation⁶³. Néanmoins, c'est avec un certain étonnement, que l'on s'aperçoit à la lecture de la proposition de règlement européen relatif du droit de la vente, que l'article 161 dudit texte se limite à prévoir la dérogation au principe de réparation intégrale, sans envisager

60 Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ 2004 coll. Bibl. de droit privé, tome 419, préf. H. Muir-Watt, spéc. n° 65.

61 P. ANCEL, article préc., spéc. p. 254.

62 « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ». La Cour de cassation vient de nous montrer que cette règle, bien que peu invoquée par les plaideurs en droit français et que l'on croyait tombée en désuétude, conserve une certaine vigueur : Cass. 1^{re} civ. 28 avr. 2011, n° 10-15.056, *RCA* n° 7, juillet 2011, comm. 242 par S. HOCQUET-BERG ; *D.* 2011 p. 1725, « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle ? », note M. BACACHE.

63 V. également F. LEDUC, *J.-Cl. Responsabilité civile et assurances*, Fasc. 201, préc., spéc. n° 77 : « *Le principe de l'équivalence entre la réparation et le dommage consiste à réparer dans son intégralité le dommage réparable. Or, en matière contractuelle, le dommage juridiquement réparable est le dommage prévisible. Ce dont il résulte que l'article 1150 ne déroge pas au principe de réparation intégrale* ».

un retour au principe en cas de faute lourde ou intentionnelle du débiteur. S'il ne s'agit pas d'un oubli, la conception que l'on se fait de la limitation aux dommages-intérêts prévisibles prend une tout autre signification que même les tenants de la négation de la responsabilité contractuelle n'auraient pas envisagée. Serait ainsi consacrée une véritable immunité de responsabilité du débiteur fautif qui ne serait plus tenu de réparer les dommages qu'il n'a pu prévoir au moment de la conclusion du contrat. On serait plus proche de l'exécution par équivalent que de la véritable réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat.

-21- La spécificité des dommages-intérêts moratoires et le principe de réparation intégrale. Ce principe connaît une exception notoire tant en droit français que dans les différents projets d'harmonisation. Comme l'explique un auteur⁶⁴ une différence notable sépare les dommages-intérêts compensatoires et les dommages-intérêts moratoires. S'agissant des premiers, le principe de réparation intégrale connaît des limites, à l'égard des seconds, il est véritablement battu en brèche. En cas de retard dans l'exécution d'une somme d'argent, le débiteur sera condamné à des dommages-intérêts qui ne peuvent faire l'objet que d'une évaluation forfaitaire légale⁶⁵. La raison d'être de cette évaluation forfaitaire ne tient ici pas tant à la spécificité de la responsabilité contractuelle qu'à l'existence d'une véritable difficulté probatoire relative au préjudice effectivement subi par le créancier⁶⁶. Les différents projets d'harmonisation prévoient également une détermination légale des dommages-intérêts dus en cas de retard qui n'empêche pas d'ailleurs le créancier de demander des dommages et intérêts pour tout autre préjudice⁶⁷.

-22- Possibilité de moduler conventionnellement l'étendue de la réparation : clauses limitatives ou élusives de responsabilité. Il s'agit là d'une spécificité de la responsabilité contractuelle également reconnue en droit français et qui découle encore du fait que la réparation en matière contractuelle se situe dans la dépendance des prévisions contractuelles. Si en matière délictuelle, la jurisprudence prohibe tout aménagement conventionnel de la réparation avant la réalisation du dommage, en matière contractuelle, en revanche, la jurisprudence reconnaît la validité des clauses relatives à la réparation, sous réserve de certaines limites. Ainsi, il est possible aux parties de déroger au principe de réparation intégrale par l'insertion de clauses de non-responsabilité, ou encore de l'écarter pour certains chefs de préjudice, ou encore en prévoyant par avance une réparation forfaitaire limitée par un plafond, un forfait ou une clause pénale. Les différents projets d'harmonisation reprennent cette possibilité de prévoir des clauses relatives aux conséquences pécuniaires de l'inexécution. C'est ainsi le cas de l'article 9.

64 F. LEDUC, *J.-Cl. Responsabilité civile et assurances*, Fasc. 201, préc. spéc. n° 13.

65 Art. 1153 et 1153-1 du Code civil.

66 V. F. LEDUC, art. préc. spéc. n° 83. Comme le soulignait CARBONNIER, « la difficulté serait extrême d'établir à quel usage le créancier aurait employé la somme s'il l'avait touchée, et même d'établir qu'il l'aurait employée d'une manière quelconque », J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF Thémis, 22^e éd p. 324, n° 173.

67 Article III.—3:708 : du DCFR : Retard dans le paiement d'une somme d'argent ; v. également Article 9:508 des PEDC ; Article 166 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à un droit commun européen de la vente.

509 des PEDC qui énonce que «lorsque le contrat porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à raison de l'inexécution, cette somme sera allouée au créancier indépendamment de son préjudice effectif»⁶⁸. Le régime applicable à la fois aux clauses pénales et de réparation forfaitaire est assez proche du régime prévu en droit français à l'article 1152 du code civil⁶⁹ pour les seules clauses pénales, puisque nonobstant toute stipulation contraire, la somme prévue contractuellement peut être réduite (par le juge) à un montant raisonnable si elle est manifestement excessive par rapport au préjudice résultant de l'inexécution et aux autres circonstances.

-23- La consécration dans les différents projets européens de l'obligation de minimiser son dommage. Les projets d'harmonisation européenne connaissent une transposition de la *mitigation of damages* particulièrement connue dans les droits de Common Law. Il est prévu que «le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant que ce dernier aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables»⁷⁰. Il s'agit d'une véritable originalité par rapport au droit français qui reste très réticent à une généralisation de cette obligation de minimiser le dommage. La raison se trouve justement dans une des différences notables qui existent entre le droit français et les différents droits européens qui connaissent la *mitigation* et qui ont influencé les projets d'harmonisation : le premier est beaucoup moins sensible aux considérations d'efficacité économique du contrat qui animent les seconds. D'ailleurs, lorsque le débat est abordé en droit français c'est en des termes de moralisation de la réparation du dommage que la question est posée⁷¹. Le droit français est en revanche réceptif au pendant de l'obligation de minimiser son dommage présent dans les projets européens et qui, en toute logique, prévoient que le créancier a droit au remboursement de tous frais qu'il a raisonnablement engagés en tentant de réduire le préjudice⁷². En d'autres termes, l'obligation de minimiser son dommage n'a rien d'obligatoire en droit français et ne constitue donc pas une limite à la réparation du dommage en matière contractuelle. Mais, lorsque le créancier y participe, les dépenses exposées pour éviter une aggravation du dommage ou en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées⁷³.

-24- Propos conclusifs. En définitive, l'étude de la réparation en matière contractuelle révèle que si l'on est bien en présence d'une véritable réparation,

68 V. aussi art 10:509 des PCC, article III.—3:710 DCFR. Mais, sauf erreur de notre part, rien n'est prévu dans la proposition de règlement relatif à un droit commun européen droit de la vente.

69 «Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite».

70 Article 9:505 (1) des PEDC; article III.—3:705 (1) du DCFR; 10:505 (1) PCC.

71 «Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage?» sous la dir. de M. BEHAR-TOUCHAIS, *LPA*, 20 novembre 2002.

72 Article 9:505 (2) des PEDC; également, article III.—3:705 (2) du DCFR et article 10:505 (2) des PCC.

73 V. en ce sens, article 1344 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations au titre des dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle.

il s'agit d'une autre réparation obéissant à un régime différent, une réparation spécifique, dans la dépendance du contrat. Il ne peut y avoir de droit commun de la réparation à la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. En ce domaine, les différents projets d'harmonisation réalisant une sorte de compromis entre les législations existantes ne sont pas si éloignés que cela du droit français. Toutefois la spécificité de cette matière, marquée par les particularités de la conception du dommage et du préjudice réparable, tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle, fait qu'il n'est pas encore temps de procéder à une uniformisation générale. Il manque certainement à ces différents projets une véritable réflexion sur la réparation et particulièrement sur celle du dommage corporel qui apparaît comme le grand absent des préoccupations de l'Union Européenne. Mais cette matière de chair et de sang peut-elle véritablement échapper au domaine de la compétence nationale ?

QUATRIÈME PARTIE : PENSER ET ENSEIGNER UN DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS

LE DROIT EUROPÉEN DE LA CONSOMMATION ET LA CRITIQUE DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DU CONTRAT¹

VINCENT FORRAY

Cet article développe l'hypothèse selon laquelle le droit européen de la consommation permet de formuler un discours critique sur le contrat à partir de la confrontation de la théorie générale telle qu'on la trouve dans la doctrine française, et dans nombre de pays européens, avec le droit des contrats de consommation tel qu'il se formalise dans la proposition de directive européenne du 8 octobre 2008 sur les droits du consommateur. Ce texte trouble la théorie générale du contrat dans sa structure et dans ces concepts fondamentaux, le consentement au contrat en particulier. Il en résulte une limitation de l'autorité des principes puisés à la théorie générale, une déstabilisation de celle-ci et la possibilité de constituer des solutions techniques différentes, susceptibles de servir d'autres intérêts.

I - Introduction

A) Retour sur la théorie générale du contrat

Les juristes utilisent une théorie du contrat. Ils sont habitués à déduire certaines solutions d'une construction intellectuelle pré-établie qui prend le nom de « théorie générale du contrat ». La doctrine, quant à elle, contribue à élaborer la théorie générale du contrat. Elle est habituée à induire des propositions synthétiques à partir des positions particulières du droit positif.

Éric Savaux définit la théorie générale du contrat comme « une activité doctrinale de connaissance du contrat et le produit de cette activité »². L'activité dont il est question consiste à étudier le droit positif³ ; à en dégager les principes qui l'ordonnent ; à en rendre compte de manière scientifique⁴. C'est une entreprise

1 Ce texte trouve son origine dans plusieurs conférences données en 2010 et 2011 aux Universités Mykolas Romeris de Vilnius (Lituanie), Santiago de Compostela (Espagne), Rio Grande do Sul et Sao Paulo (Bresil), McGill (Canada). Il doit aussi beaucoup à ceux qui l'ont relu, commenté, discuté. Parmi eux, je veux remercier Alexandre Guigue, Christophe Jamin, Geneviève Pignarre et Sébastien Pimont.

2 *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité?* Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1997 au n°531.

3 É. SAVAUX, *supra* note 1 aux n°37 et s.

4 P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

de rationalisation formelle du droit des contrats⁵. Il faut alors comprendre que des représentations doctrinales du droit positif rencontrent des idées sur le contrat : des concepts.

Ainsi, la théorie générale du contrat associe deux catégories d'éléments⁶. La première rassemble les concepts qu'implique l'idée rationnelle ou historique du contrat. La seconde rassemble des assertions, des propositions relatives au droit positif des contrats. Elle se caractérise par une certaine contingence et le fait que celui qui y contribue soit lié à une législation. La première catégorie d'éléments assure l'ordre, la cohérence, la transparence⁷ de la théorie ; la seconde en constitue la matière. Évidemment, ces deux catégories interagissent. Dans le cadre de la théorie, le droit positif est présenté au travers des concepts liés à l'idée de contrat. Et ces concepts influencent en retour la réception doctrinale du droit positif. Il existe un jeu de miroirs entre les concepts et le droit positif du contrat tel que la doctrine en rend compte. Ce jeu de miroirs fait que la théorie générale du contrat correspond aux données qu'elle s'efforce d'expliquer⁸. En fin de compte, la théorie générale du contrat se présente comme une synthèse doctrinale du droit des contrats. C'est-à-dire que la doctrine introduit, de l'extérieur, de l'ordre au sein de la réalité qu'elle observe⁹ en utilisant un appareil conceptuel qu'elle contribue au passage à élaborer. On pourrait dire, à la Foucault, que dans la théorie générale du contrat, les concepts et les représentations du droit positif s'entremêlent à l'infini.

Il faut évoquer à la suite de cette idée celle qui lui est directement accouplée de *vérité* de la théorie générale du contrat. La théorie a vocation à dévoiler les principes qui structurent effectivement le droit positif et que la complexité des espèces masque à celui qui ne sait pas le droit. La confection de théories générales constitue l'activité essentielle de la dogmatique juridique entendue comme l'activité qui a pour objet la description ordonnée ou systématique de droit positif. Et la possibilité de décrire scientifiquement le droit sous-tend le projet dogmatique. Il s'ensuit que la théorie générale du contrat veut exprimer ce qu'*est* le droit des contrats – au-delà de la loi et la jurisprudence. Ce n'est possible qu'à la condition qu'existent, en son sein, des éléments de vérité. Ces derniers peuvent être compris selon deux intuitions opposées¹⁰. Selon une première intuition, le projet de théorie générale du contrat repose sur des propositions intangibles, implacablement valides. C'est-à-dire que la théorie exprime ou tend à exprimer des vérités absolues.

5 On trouve chez Max WEBER l'idée de rationalisation formelle du droit comme activité de la dogmatique juridique, *Sociologie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection Quadriga, 2007, préface P. RAYNAUD, Introduction et traduction par J. GROSCLAUDE.

6 Voir par exemple la présentation du livre I « Théorie des contrats » dans l'ouvrage de P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2004, p. 172.

7 Stephen A. SMITH, *Contract theory*, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 2004, reprint 2007, pp. 24-32.

8 « The most obvious criterion for assessing interpretive theories is whether they fit the data they are trying to explain », Stephen A. SMITH, *ibid.*, p. 7.

9 C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, pp. 31-32.

10 Les propos qui suivent empruntent largement à M. HORKHEIMER dans *Théorie critique*, traduction par le groupe de traduction du Collège de philosophie, présentation par L. FERRY et A. RENAULT, Paris, Payot, 2009, voir spécialement. *Sur le problème de la vérité*, pp. 153-194.

Selon une seconde intuition, la vérité étant toujours relative, la théorie générale du contrat comporte des éléments provisoirement valides ; elle est vraie dans la mesure où les effets qu'elle annonce se produisent en ce moment. Une conception plus pragmatique de la vérité affleure alors : « ce qui décide de la valeur de vérité des théories, c'est ce qu'elles permettent de faire »¹¹. La vérité de la théorie générale est évaluée en fonction de l'influence qu'elle exerce sur le droit positif. Ces deux intuitions de la vérité se côtoient dans la doctrine¹². Elles se rejoignent dans l'idée selon laquelle la théorie générale du contrat comporte un *fond de vérité*.

De là dérive la conviction selon laquelle la théorie générale du contrat est permanente. Cette idée se comprend mieux à l'évocation de son corollaire : la propension de la théorie générale du contrat à évoluer. Les changements sociaux peuvent donner l'impression d'altérer la théorie. Pareillement, la modification de son environnement juridique semble appeler à la discuter. Mais le fond de vérité de la théorie la maintient comme matrice de la connaissance en droit des contrats. Ses concepts fondamentaux et sa structure demeurent. Changements sociaux et modifications du droit conduisent à ajuster la théorie¹³. Elle progresse par élimination des erreurs qu'elle comporte. Ainsi la théorie générale du contrat engage perpétuellement la connaissance juridique. Le juriste savant décode le réel en utilisant la théorie générale du contrat. La doctrine encode le réel dans la théorie générale. Celle-ci peut alors jouer le rôle qu'on lui assigne : rendre possible la connaissance systématique du droit des contrats, résoudre les problèmes que pose le droit des contrats.

Finalement, la théorie générale du contrat forme un *système d'interprétation* du droit des contrats ; et un *système contraignant*.

B) Hypothèse

Dans ce qui suit, je voudrais montrer qu'il est possible d'échapper au caractère contraignant de ce système d'interprétation. De formuler un discours théorique critique¹⁴ en droit des contrats sans emprunter le cadre de la théorie générale. Un

11 M. HORKHEIMER, *ibid.*, p. 172.

12 Illustrant l'intuition selon laquelle il existe des vérités absolues logées dans la « théorie des contrats », A. BÉNABENT indique que « *s'il est cependant un concept qui présente cette universalité et cette permanence, qu'aucune société ou groupe humain n'a pu ignorer, c'est bien celui du respect de la parole donnée. « Pacta sunt servanda » : les accords doivent être respectés* », *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 2007, au n°11 ; relayant plutôt l'intuition d'une vérité relative de la théorie générale du contrat, J. GHESTIN relève qu'« *il semble préférable de s'en tenir à un choix relativement modeste et de se borner à tenter de proposer une définition du contrat qui soit acceptable dans notre système juridique, ce qui n'exclut pas d'ailleurs de tenir compte des enseignements de l'histoire et du droit comparé afin de dégager ce qui, au-delà de particularismes locaux et des modes intellectuelles, pourrait être vraiment l'essence du contrat* », *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd. par J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 1993, p. 4.

13 On peut écrire alors que la théorie générale du contrat se trouve confrontée à des « défis » qu'elle « doit » relever en se renouvelant, F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2009, au n°47.

14 Sur le « discours théorique » S. FISH dans *Respecter le sens commun, Rhétorique, interprétation et critique en littérature et en droit*, trad. Odile Nerhot, Editions. Story-Scientia, LGDJ, 1995, pp. 13-

tel discours peut-être utile. Il propose des alternatives à l'interprétation du droit contemporain des contrats. Il accroît ainsi la capacité d'agir des juristes.

On peut venir à une telle hypothèse en travaillant sur une législation qui échappe facilement à l'attraction de la théorie générale du contrat. C'est le cas du droit européen de la consommation. Il constitue donc la matière de la réflexion.

C) La mise en question de la théorie générale par les textes

L'expression « droit européen de la consommation » désigne l'ensemble des actes normatifs adoptés par les institutions de l'Union Européenne qui concernent l'activité de consommation¹⁵. Parmi ceux-ci se trouve du droit des contrats, c'est-à-dire des règles relatives aux opérations par lesquelles le consommateur européen se procure des biens ou des services¹⁶. Dans l'Union européenne, le droit des contrats se construit incidemment. Il se règle au coup par coup (les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux), à l'occasion d'autre chose – d'une opération économique particulière (les droits d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers) – ; parfois plus directement, lorsqu'un dispositif de protection du consommateur contractant (les clauses abusives) est élaboré. Un corps de droit européen des contrats n'est pas, à l'heure actuelle, un projet de législation pour l'Union européenne. Le fait est que d'importants travaux scientifiques ont pris le droit européen des contrats pour objet : les Principes européens du droit du contrat, le Cadre commun de référence et les travaux qui s'y adjoignent, notamment. Ils aident à se figurer le contenu d'un corps de règles possible en la matière. Mais la somme qu'ils constituent n'a pas, à ce jour, de futur législatif précis¹⁷. En outre, la Commission européenne pose la question des « actions envisageables pour consolider le marché intérieur en accomplissant des progrès dans le domaine du droit européen des contrats » dans le livre du 1^{er} juillet 2010 (COM(2010) 348). La forme du droit commun des contrats de l'Union Européenne n'est pas déterminée.

24.

15 On ne parle plus désormais de « droit communautaire » comme c'était l'usage avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Il faut désormais parler de « droit de l'Union Européenne ». Mais le mot « communautaire » demeure dans certaines expressions. Que le lecteur accepte de considérer les expressions « droit communautaire de la consommation », « droit de la consommation de l'Union Européenne » et « droit européen de la consommation » comme équivalentes dans cet article.

16 C'est une définition possible du droit des contrats. Ainsi selon James GORDLEY dans son livre *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2006, tel que cité par E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Dalloz, Les éditions Thémis, 2008, n°1295 : « *A basic purpose of the contract law is to enable people to get what they do want* » ; sur le besoin à l'origine de l'échange par *synallagma* on peut relire ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, traduction et présentation par R. BODÉÛS, Paris, Flammarion, 2004, p. 250, notamment 1133 b 9.7. : « *d'autre part, ce qui montre que le besoin assure la cohésion comme une sorte d'unité, c'est que si les partenaires n'ont pas besoin l'un de l'autre, si tous les deux ou l'un des deux n'éprouve pas de besoin il n'y a pas alors d'échange entre eux comme il y en a quand quelqu'un demande ce qu'on a personnellement [...]* » ; sur une perception du contrat par le consommateur qui privilégie la satisfaction d'un besoin sur la planification des échanges, voir J. POOLE, *Contract Law*, 8^e éd., Oxford University Press, 2006, p. 10.

17 Voir C. VON BAR, *What legal policy for the Common Frame of Reference?*, *Revue des Contrats*, Lextenso Editions, 2009, pp. 822-826.

Le droit européen des contrats de consommation existe quant à lui. Il se situe dans un cadre plus vaste : la législation relative aux consommateurs. Celle-ci s'organise à partir de plus de quatre cents actes normatifs : règlements, directives, décisions, résolutions¹⁸. Une sélection peut être opérée à la suite du travail de la Commission. Depuis une vingtaine d'années, celle-ci poursuit l'ambition d'unifier le droit du marché unique. Cette ambition l'a conduite à envisager la codification du droit des contrats des États membres, à travailler à la constitution d'un cadre commun de référence et à projeter une révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs¹⁹. La Commission s'est donc livrée à une sélection du droit positif utile à la réalisation de son projet. Ainsi, en 2004, huit directives ont constitué le fond de l'acquis communautaire à propos duquel une vaste consultation est lancée (le livre vert). En 2008, une fois celle-ci effectuée, et au moment de proposer la révision, l'acquis communautaire a été ramené à quatre directives²⁰. Le lien que la Commission voit entre la régulation du marché intérieur, la protection des consommateurs et l'unification du droit des contrats implique de considérer avec une attention particulière ces quatre textes²¹. La fusion de ceux-ci dans la proposition de directive du 8 octobre 2008 offre, à l'essai, un rassemblement des droits contractuels des consommateurs. Ce texte constitue donc le matériau de l'étude.

La proposition de directive du 8 octobre 2008 sur les droits du consommateur met en question la théorie générale du contrat. L'expérience de cette mise en question peut facilement être faite. Il suffit d'entreprendre la construction d'un discours sur le contrat en utilisant le contenu du texte. Les concepts habituellement utiles à la compréhension du droit des contrats – ceux qui configurent la théorie générale – semblent inadaptés.

Prenons un exemple. Le « contrat hors établissement est entendu, notamment, comme « b) tout contrat de vente ou de service conclu dans un établissement commercial, mais qui a été négocié en dehors d'un établissement commercial en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur »²². Le lieu de la négociation exerce alors une influence sur le régime du contrat en commandant sa

18 La rubrique « consommateurs » est une sous-catégorie (n°15-20) du répertoire de la législation de l'Union Européenne en vigueur qui comporte au 1^{er} juillet 2007, 508 actes. Cette législation peut être consultée à l'adresse suivante <http://eur-lex.europa.eu/fr/legis/20100701/chap15.htm>.

19 En synthèse, G. PAISANT, *Proposition de directive relative aux droits des consommateurs - Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels?*, JCP édition générale, Éditions du Juris-classeur, 2009, I.118 ; le site internet eur-lex offre une chronologie du projet depuis 2001.

20 La directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. Tous les textes sont disponibles sur le site eur-lex.

21 Exposé des motifs de la proposition de directive, p. 3, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/COMM_PDF_COM_2008_0614_F_FR_PROPOSITION_DE_DIRECTIVE.pdf.

22 Art. 2 (8) de la proposition de directive.

qualification. Dans la théorie générale, la formation du contrat par la rencontre de l'offre et de l'acceptation ne l'a jamais suggéré et ne l'explique pas. Soutenue par la théorie jusnaturaliste des promesses²³ et celle, plus kantienne²⁴, de l'union des volontés, la formation du contrat par la rencontre de l'offre et de l'acceptation est accaparée par d'autres questions²⁵. À quel moment celui qui offre est-il engagé? Comment? Pourquoi? À quel moment le contrat est-il formé? Comment? Pourquoi?...

On éprouve un sentiment d'inadéquation entre la théorie générale du contrat et le droit européen de la consommation. L'intuition vient alors de ce que la première doit être refondue, renouvelée, corrigée, en considération du second. La théorie générale du contrat pourrait se maintenir à condition que de nouveaux concepts²⁶ y soient adjoints. Dans un important article, « *Droit de la consommation* » et *théorie générale du contrat*²⁷, Georges Rouhette propose une option différente. Le constat de l'inadéquation entre la théorie générale du contrat et le droit de la consommation devrait, selon lui, être l'occasion de purger celle-là des concepts impropres à la fonder juridiquement. Il renverse le postulat dominant selon lequel le droit de la consommation présente une originalité (une nouveauté) par rapport à la théorie générale du contrat. Il entend montrer que ce n'est ni la nouveauté des principes, ni l'originalité des notions du droit de la consommation qui perturbent la théorie générale du contrat. Celui-ci ne fait que mettre à jour les carences anciennes de celle-là. Je sollicite également le droit de la consommation dans une perspective critique – à ceci près qu'il s'agit du droit européen – et j'adhère à l'idée qu'il s'y trouve les linéaments d'un autre modèle théorique. Mais je m'éloigne de la position de Georges Rouhette en ce que les « carences » de la théorie générale du contrat ne m'intéressent pas. Cette dernière idée rejoint celle qui affirmerait que la théorie générale du contrat est erronée (et qui pourrait prendre appui sur la *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*²⁸ pour souligner la distance qui sépare la théorie générale du contrat de la réalité historique et positive du droit des contrats; pour affirmer donc l'incapacité de la théorie générale à assumer sa fonction) et qu'il faut la rectifier. Je m'efforce de soutenir une idée différente: la théorie générale du contrat est concurrencée; et cette concurrence ouvre au juriste de nouveaux champs d'action. En d'autres termes, le droit européen de la consommation donne à voir le droit des contrats d'un point de vue différent

23 *Le droit de la guerre et de la paix*, traduction P. PADIER-FODÉRÉ, édité par D. ALLAND et S. GOYARD-FABRE, Paris, Presse Universitaires de France, Léviathan, au livre II, chap. XI, para. II à V.

24 E. KANT, *Métaphysique des mœurs, Première partie, Doctrine du droit*, traduction A. PHILONENKO, préface M. VILLEY, Paris, Vrin, 1993, au § 18-19.

25 Sur ces questions, S. PIMONT, « Entre promesses et actes unilatéraux, les théories de la formation du contrat », *Promesses et actes unilatéraux*, M. Boudot, P.M. Vecchi et D. Veilon (dir.), Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ, pp. 83-99.

26 Voir H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, thèse, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, préface A. GHOZI, pp. 17-38.

27 *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 247-272.

28 La thèse de G. ROUHETTE, soutenue en 1965, n'a jamais été publiée.

de celui de la théorie générale. Cette intuition se renforce lorsqu'on considère le contexte du droit européen de la consommation.

D) La mise en question de la théorie générale par le contexte

Le droit européen de la consommation associe le contrat au marché. Le droit des contrats qu'il inclut rend possible le fonctionnement du marché²⁹. On peut parler de régulation. On peut aussi parler de fonction catallactique du droit des contrats³⁰. Faire un droit du marché est une recherche d'équilibre juridique qui diffère de l'équilibre des prestations économiques. Celui-ci veut égaliser les valeurs des choses et des services; celui-là veut égaliser les droits des acteurs. Alors, « le but de la loi devrait être d'améliorer également les chances de tous »³¹. L'intérêt des acteurs, ceux qui produisent, ceux qui vendent, ceux qui consomment, commande que le marché fonctionne au mieux. Pour cela, il appelle des règles protectrices des consommateurs.

La proximité d'une telle approche du droit de la consommation avec celle de la Commission à propos de la révision de l'acquis communautaire est remarquable. L'exposé des motifs qui précède la proposition de directive sur les droits de consommateurs indique que « son objectif premier [celui de la révision de l'acquis communautaire] est de parvenir à la mise en place d'un véritable marché intérieur ». L'objectif de législation est clair: faciliter les échanges. Il s'enroule autour du postulat des théories du marché: tout le monde à intérêt à ce que le marché fonctionne³².

Alors, le concept de contrat, comme inutile, se dilue dans l'économie. Les droits et obligations des contractants deviennent l'objet de règles juridiques faites pour défendre leurs intérêts dans un environnement européanisé. Un droit des consommateurs contractants – ceux qui forment la demande sur le marché intérieur – émerge à la place d'un droit du contrat de consommation. La proposition de directive de 2008 s'intitule: « les droits du consommateur ».

Annexé au marché, le droit européen de la consommation se passe d'un *concept* de contrat. Il suggère une théorie qui opérerait sans que le contrat soit intelligible ou formellement rationalisé. Au sein du droit de l'Union européenne, l'absence de relation entre une certaine idée de contrat (une notion) et les règles juridiques dont il est l'objet (le régime) devient possible à penser; les règles du droit des contrats ne s'induiroient pas d'une idée *a priori* du contrat.

29 Rapp. R. COASE, *L'entreprise, le marché et le droit*, traduction B. ALIOUAT, Éditions d'Organisation, 2005, pp. 24-25.

30 F. HAYEK emploie le mot catallaxie pour « désigner l'ordre du marché », « une espèce particulière d'ordre spontané produit par le marché à travers les actes de gens qui se conforment aux règles juridiques concernant la propriété, les dommages et les contrats », *Droit, législation et liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, « Quadrige », 2007, préface Ph. Nemo, p. 532.

31 F. HAYEK, *op. cit.*, p. 570.

32 E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, *supra* note 14, pp. 81-83.

E) Vers une critique de la théorie du contrat (une contre-théorie?)

Forgé au droit de l'Union européenne, le discours sur le contrat doit s'affranchir de réflexes dogmatiques. La mise en balance des intérêts – ceux des consommateurs, ceux des professionnels – infléchit le concept de contrat. La concurrence déborde le cadre des échanges. Elle atteint le discours des juristes en impliquant leurs théories au cœur des tensions du marché : entre demande et offre, entre sécurité et liberté. La théorie générale du contrat est alors amenée dans un domaine qui n'est pas le sien. Elle se relativise. Corrélativement, elle laisse de la place à un autre discours théorique sur le contrat, discours lié aux intérêts que le contrat sert. Ce discours ne constitue pas une nouvelle théorie générale du contrat. Il n'a pas pour fonction de contraindre l'interprétation juridique en permanence. Sa pertinence dépend de sa capacité à convaincre dans tel ou tel contexte³³.

Le droit européen de la consommation suggère donc un discours qui s'oppose à la théorie générale du contrat, un discours critique. La « critique » ne s'entend pas ici d'une évaluation négative des solutions proposées par la théorie générale mais de la possibilité de se démarquer d'un discours dominant le droit des contrats. Le discours critique perturbe l'ordre de la théorie générale du contrat sans vouloir en installer un autre à sa place. Dans les marges, il n'opère pas de révolution mais installe des contrepoids. Tel qu'il alimente un discours critique, le droit européen de la consommation formalisé dans la proposition de directive sur les droits du consommateur n'inspire une nouvelle théorie du contrat mais inaugure une possibilité de « contre-théorie ». Celle-ci ne refonde pas la théorie générale du contrat, elle la *trouble*, dans sa structure (II) et dans ses concepts (III).

II - Trouble de la structure

A) Structure théorique du droit des contrats

Au sein des grandes traditions juridiques européennes, les livres de droit des contrats ou des obligations conventionnelles présentent des structures qui sont assez proches. Cela résulte d'habitudes de travail acquises, dans le courant du XX^e siècle, à la dogmatique juridique. La méthode d'exposition du droit des contrats est alors plutôt analytique (au sens kantien).

Ainsi en France, les études progressent par décomposition du concept de contrat. Elles s'entrecroisent pour former la synthèse appelée « théorie générale du contrat ». En son sein, une exigence de rationalisation formelle des développements s'impose. Elle fait que la structure du droit des contrats décrit dans les livres se simplifie. Au *Traité élémentaire*³⁴, Planiol exposait la théorie générale du contrat en sept grandes parties : *distinctions diverses, modes de formation, éléments des contrats, preuve des contrats, effets des contrats, modes de dissolution des contrats, théorie des*

³³ S. FISH, *supra* note 13, pp. 13-14.

³⁴ *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e éd., t. 2, Paris, LGDJ, 1907.

risques. Au *Traité pratique*³⁵, Ripert réduit la matière à quatre parties : *formation du contrat, domaine d'application et effets du contrat, exécution des contrats, conflits de lois*. Pour Eugène Gaudemet³⁶, trois parties suffisent : *formation des contrats, des effets des contrats, des promesses de contrat*. Le mouvement se poursuit dans les livres plus récents. Trois parties pour Marty et Raynaud³⁷ : *notion de contrat, formation du contrat, les effets du contrat / l'obligation contractuelle*; trois parties également pour l'important *Traité de droit civil* de Jacques Ghestin³⁸ : *la formation du contrat, les effets du contrat, l'anéantissement du contrat*; trois parties dans l'ouvrage de Flour, Aubert et Éric Savaux³⁹ : *les conditions de formation du contrat, la sanction des conditions de formation, les effets du contrat*; trois parties encore dans celui de Muriel Fabre-Magnan⁴⁰ : *la définition du contrat, la formation du contrat, l'exécution du contrat*. La matière est parfois divisée en deux. Ainsi Carbonnier⁴¹ traite de la formation puis des effets du contrat, Philippe Malinvaud⁴² également; Alain Bénabent⁴³ partage la matière entre la conclusion du contrat et la force du contrat.

Les moments formation / conclusion du contrat-exécution / effets du contrat structurent la théorie générale en France au XX^e siècle comme aujourd'hui⁴⁴. Les plans des livres ne sont pas identiques mais partagent l'exigence de rationalité formelle : le lecteur doit pouvoir comprendre *pourquoi* le droit des contrats s'expose de telle ou telle manière. Parce que chaque présentation obéit à une définition minimale du contrat qui associe la volonté / la promesse / l'accord, d'une part, et l'obligation juridique / les effets de droit, d'autre part. Chaque plan évoqué plus haut est une déduction de la définition du contrat. Celle-ci lie les auteurs à un système de compréhension canonique du droit des contrats.

La définition du contrat n'est pas propre au droit français. De nombreuses traditions juridiques européennes utilisent la relation des éléments volonté – obligation juridique lorsqu'il s'agit de comprendre le contrat. C'est d'ailleurs pourquoi l'idée d'un droit européen des contrats paraît possible *a priori*; une définition minimale fait consensus. Ainsi les Principes européens du droit du contrat indiquent « qu'un contrat est conclu dès lors que (a) les parties entendaient être liées juridiquement (b) et sont parvenues à un accord suffisant ». Le Cadre

35 *Traité pratique de droit civil français*, par M. PLANIOL et G. RIPERT, tome VI, *Obligations*, première partie, avec le concours de P. ESMEIN, Paris, LGDJ, 1930.

36 *Théorie générale des obligations*, publiée par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, Paris, Sirey, 1937, réédition Dalloz, 2004, présentation par D. MAZEAUD.

37 *Droit civil*, tome II, 1^{er} vol., *Les obligations*, Paris, Sirey, 1962.

38 *La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1993.

39 *Les obligations*, Volume 1, *L'acte juridique*, 14^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2010.

40 *Droit des obligations*, 1. *Contrat et engagement unilatéral*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008.

41 *Droit civil*, Vol. II, *Les biens, Les obligations*, 1^{re} éd. Quadrige, Presses Universitaires de France, 2004.

42 *Droit des obligations*, 10^e éd, Paris Litec, 2007.

43 *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 2007.

44 Sur le rapport entre théorie générale du contrat et le plan formation / exécution, voir les propos de G. CORNU, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, P. CATALA (dir.), La documentation française, 2006, *Introduction*.

commun de référence définit le contrat comme « l'accord qui fait naître ou vise à faire naître une relation juridiquement obligatoire, ou qui vise à produire quelque autre effet juridique ».

En Suisse, pour Virgil Rossel, « la convention ou le contrat [...] n'est autre chose que l'obligation créée, modifiée ou éteinte par l'accord de deux ou plusieurs personnes » ; Pierre Tercier définit le contrat comme « l'échange de manifestations de volonté concordantes qui produit la conséquence juridique correspondant à l'accord ».

En Allemagne, Michel Pédamon relève que l'acte bilatéral (*Vertrag*) qui comprend la convention et le contrat implique « la rencontre de deux volontés concordantes et destinées à produire des effets de droit »⁴⁵. On pourra aussi relire Savigny qui écrit que « le contrat est l'accord de plusieurs personnes sur une déclaration de volonté commune destinée à régler leurs rapports de droit »⁴⁶.

En Espagne, J. M. Lete del Rio et J. Lete Achirica adoptent une définition qui réunit les mêmes éléments : « la noción de contracto se identifica la de negocio juridico bilateral, por lo que puede definirse como todo acuerdo de voluntades entre dos a mas personas dirigido a producir efectos juridicos, o, si se prefriere, encaminado a dar vida a una relacion juridica »⁴⁷.

En Common law, la *consideration* – on peut parler de contrepartie⁴⁸ – s'ajoute à l'accord de volonté et l'obligation juridique pour que le contrat soit régulièrement formé. Mais les auteurs reconnaissent volontiers que la définition qui associe promesse et effet de droit suffit à désigner le contrat⁴⁹. Ainsi Treitel observe que le contrat est un accord donnant naissance à des obligations reconnues ou sanctionnées par le droit⁵⁰.

Cette brève revue de quelques traditions juridiques montre la proximité des définitions du contrat dans les livres. Le contrat est toujours, au moins, une procédure : des volontés qui s'accordent ; des promesses qui s'échangent. Et cette procédure produit des effets de droit : les parties se lient juridiquement ; une action en justice les protège. Les théories du contrat embrassent les questions que la raison du juriste, confirmée par l'expérience jurisprudentielle, attache à cette définition

45 M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, Paris, LGDJ, 1993, p. 18.

46 *Traité de droit romain*, trad. Ch. GUENOUX, 2^e éd., t. 3, Paris, Librairie Firmin Didot Frères, 1856, p. 314.

47 *Derecho de obligaciones*, Vol. I, *Teoria general de la relacion obligatoria y del contrato. Derecho de danos*, T. ARANZADI, 2005, p. 395.

48 L. BÉLANGER-HARDY et A. GRÉNON (dir.), *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Carswell, 1997, p. 318.

49 E. ERRANTE cite la définition du deuxième *Restatement* sur les contrats qu'il considère comme « largement reconnue » avant d'évoquer la *consideration* nécessaire à la formation du contrat : « le contrat est une promesse ou un faisceau de promesses auxquelles le droit accorde un recours en cas de non-exécution, ou reconnaît d'une certaine façon qu'il y a obligation de les exécuter », *Le droit anglo-américain des contrats*, 2^e éd., LGDJ - Jupiter, 2001, p. 19.

50 « Contract is an agreement giving rise to enforceable obligations binding the parties to it », *The Law of contract*, 2^e éd., Londres, Stevens, 1966, p. 1, comparer avec la 12^e éd. par Edwin Peel, Londres, Sweet & Maxwell, 2007 au même endroit : « Contract is an agreement giving rise to enforceable obligations which are enforced or recognize by law ».

minimale. Alors, les livres de droit des contrats font irréductiblement le point, d'une part, sur la formation / les conditions de validité / la sanction des conditions de validité du contrat, et, d'autre part, sur les effets / l'exécution / l'inexécution des contrats / les obligations contractuelles. La définition du contrat, c'est-à-dire l'analyse du concept, donne une structure à la théorie générale du contrat.

B) Structure de la proposition de directive

- Le texte de la proposition de directive du 8 octobre 2008 ne correspond pas à l'organisation canonique du droit des contrats. Il comporte sept chapitres :

- Objet, définitions et champ d'application
- Information des consommateurs
- Information des consommateurs et droit de rétractation pour les contrats à distance et les contrats hors établissement
- Autres droits des consommateurs spécifiques aux contrats de vente
- Droits des consommateurs concernant les clauses contractuelles
- Dispositions générales
- Dispositions finales

Les moments de la formation et de l'exécution du contrat, comme s'ils n'avaient exercé aucune attraction sur ses auteurs, ne se retrouvent pas dans le texte. Le plan retenu perturbe l'esprit habitué à la cohérence des théories générales. Et dans la dogmatique juridique, en particulier en France, l'incohérence formelle est un grave défaut. Le savoir de l'école dominante – la doctrine – prend corps dans des œuvres qui se signalent par leur capacité à structurer une matière⁵¹. L'un des reproches parfois adressé au Code civil fut l'incohérence de son plan⁵². Ajoutons que l'incohérence d'un texte en la forme fait suspecter son irrationalité au fond.

Ainsi, un important projet de texte rassemblant l'acquis communautaire en matière de droit des contrats de consommation ne partagerait pas la rationalité des droits européens des contrats. Au renfort de cette analyse vient le constat de l'absence de dispositions générales sur les contrats. C'est une explication possible des défauts de structure du texte. Aucun concept de contrat et, par conséquent, aucune définition, n'offre de principe d'organisation. Il faudrait alors conclure que la proposition de directive sur les droits des consommateurs n'est pas un corps de référence en droit des contrats.

Comment considérer le droit des contrats qu'elle contient ? La Commission indique dans l'exposé des motifs que le texte a pour objectif « d'assurer un niveau élevé et uniforme de protection des consommateurs par l'harmonisation complète des *aspects essentiels* du droit des contrats à la consommation intéressant le marché intérieur ». L'article 1 du texte précise que l'objet de la directive est le rapprochement

51 Voir C. JAMIN et P. JESTAZ, *La doctrine*, supra note 3, p. 1 et, pp. 225-228.

52 La critique a souvent porté sur le plan du titre III du livre III. Voir É. AOLLAS, *Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, t. I, 2^e éd., Paris, Germer-Baillière, 1874, pp. 732-733 ; Ch. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Paris, Durand et Hachette, 1868, pp. 2-3.

de «certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux contrats entre les consommateurs et les professionnels». L'article 3.1 dispose que «la présente directive s'applique, dans les conditions et dans la mesure prévues par ses dispositions, aux contrats de vente et aux contrats de service conclus entre le professionnel et le consommateur».

La tentation existe d'estimer que le texte propose du droit spécial ou spécialisé des contrats. Georges Rouhette indique en ce sens que le «prétendu «acquis communautaire»» est «constitué de règles sectorielles édictées en vue de la protection du consommateur» et qu'«il ne peut prétendre composer un droit général du contrat»⁵³. Le droit communautaire de la consommation est un subalterne. Indéniablement, le champ d'application du droit communautaire des contrats est circonscrit à un type de relation (professionnel – consommateur), et les opérations concernées appartiennent à deux catégories désignées (ventes – prestations de services). Il est bien question alors d'un droit spécial. Deux remarques peuvent cependant être formulées.

Premièrement, l'opposition droit commun (des contrats) / droit spécial (des contrats de la consommation) me semble enracinée dans les droits nationaux. (1) L'opposition droit commun / droit spécial découle de la nécessité de borner le champ d'application de certaines lois par rapport à d'autres⁵⁴. (2) Elle est une conséquence de la qualité supérieure prêtée à certaines règles du droit des contrats⁵⁵. Il s'agit des règles dont la proximité avec les concepts, fruits de la raison ou de l'histoire, est telle qu'elles expriment une théorie générale / des principes généraux / un droit commun. (3) Elle résulte de l'entrecroisement de règles disparates, toutes relatives au droit des contrats, et qui appellent donc un principe de classement. Ce principe s'exprime parfaitement dans l'adage *specialia generalibus derogant*. Le droit général couvre une gamme plus large de situations que le droit spécial; ce dernier doit lui être préféré dans son propre domaine. Plus précis, il est aussi plus énergique⁵⁶.

En somme, l'opposition droit commun / droit spécial est liée à un système de production étatique du droit. Les catégories qui la composent sont utiles à la mise en ordre du droit positif mais ne contraignent pas la fabrication de la norme européenne.

Deuxièmement, l'argument de l'opposition entre droit commun et droit spécial sert un projet de (re)constitution d'une théorie générale européenne des contrats. Un projet qui progresse dans les formules doctrinales de droit européen des contrats. Il s'agit d'harmoniser le droit au moyen d'un corps de règles ou de principes synthétiques. L'entreprise consiste à rationaliser ou historiciser (il est parfois question de codifier; il est parfois question de droit savant) une matière

53 «La contribution française au projet de cadre commun de référence», *Revue des contrats*, Lextenso éditions, 2009/2, pp. 739-763.

54 Ph. A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd., t. VII, Paris, Garnery, 1813, *Loi*, au § 11.

55 Voir notamment L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extra-contractuel de la réparation*, thèse dactyl., Université de Savoie, 2006, au n°8.

56 J. CARBONNIER, *supra.* note 39, p. 196.

juridique confuse. Elle consiste aussi à prospecter dans la science juridique commune afin de constituer un ensemble de référence. Ce dernier peut avoir une vocation directement législative ou constituer un système d'interprétation.

Je développe ici un autre point de vue. Je veux considérer le fait que, précisément, un droit européen des contrats se forme sans attendre de « droit général ». Il ne dérive pas de ce dernier ; il ne se compose pas à la lumière d'une théorie. Ce qui m'intéresse n'est donc pas sa propension à s'élever en droit commun mais la possibilité d'y puiser une contre-théorie. Que celle-ci se fonde sur du droit « sectoriel » importe peu. Il est d'ailleurs probable qu'une contre-théorie ne puisse se développer qu'à partir d'un point de vue marginal ou subalterne⁵⁷.

Les défauts de structure de la proposition de directive sur les droits des consommateurs inspirent deux attitudes à qui veut discourir en droit des contrats.

La première consiste à réorganiser les éléments du *corpus* européen en utilisant la structure du droit national des contrats⁵⁸. Deux méthodes sont possibles que l'on peut qualifier par référence aux modes d'introduction du droit de l'Union Européenne dans la législation nationale : une méthode d'intégration maximale et une méthode d'intégration minimale.

L'intégration maximale conduirait à fondre les notions du droit européen de la consommation dans l'ordre de la théorie générale du contrat, dans la systématique du droit des contrats. Il s'agit de ramener ce que l'on ne reconnaît pas et qui s'exprime en sept parties à ce que l'on connaît bien, qui s'exprime en des parties moins nombreuses, et plus cohérentes. On considérera par exemple les droits des consommateurs concernant les clauses contractuelles relèvent de la formation ou de la validité du contrat⁵⁹. On préférera parfois comprendre les dispositions en matière de clauses abusives au sein de la partie relative aux effets du contrat⁶⁰. Certaines dispositions spécifiques aux contrats de vente telles

57 Sur la marginalité, le caractère subalterne, l'isolement, on peut évoquer ici D. KENNEDY, « Une alternative phénoménologique de gauche aux théories de l'interprétation de Hart et Kelsen », *Jurisprudence Revue critique*, Université de Savoie, Lextenso Éditions, 2010, pp. 19-32 ; F. FISTETTI, *Théories du multiculturalisme, Un parcours entre philosophie et sciences sociales*, traduction Ph. CHANIAL et M. PREZIOSI, postface A. CAILLÉ et Ph. CHANIAL, éd. La Découverte/M.A.U.S.S., 2009, par ex. le chapitre 7 « la subalternité comme catachrèse », pp. 66-72 ; W. BROWN et J. HALLEY, *Introduction, in Left legalism, left critique*, W. BROWN et J. HALLEY (dir.), Duke University Press / Durham & London, 2002, pp. 1-37, notamment, p. 31.

58 Voir la manière dont Frédéric BÉRENGER pose le problème au début de son travail *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution*, thèse, P.U.A.M., 2007, préface Ch. ATIAS ; de même A. KULL, *L'intégration du droit de la consommation dans le BGB*, in *La réforme du droit allemand des obligations*, C. WITZ et F. RANIERI (dir.), Société de législation comparée, 2004, pp. 121-143.

59 *L'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* associe les clauses abusives à l'objet dans un chapitre consacré aux conditions essentielles de validité, P. CATALA (dir.), Paris, La documentation française, 2006, à l'art. 1122-2.

60 C'est l'option retenue par le *Common Frame of Reference: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition*, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, edited by C. VON BAR, E. CLIVE and H. SCHULTE-NÖLKE and H. BEALE, J. HERRE, J. HUET,

que la définition de la livraison ou le transfert des risques trouveront leur place dans une partie consacrée aux effets du contrat. Il faut insister sur le fait que ramener le droit européen de la consommation à l'échelle de la théorie générale du contrat implique de l'adapter aux modèles de celle-ci ; c'est-à-dire, pêle-mêle, au droit naturel moderne, au *Corpus iuris civilis*, au pandectisme qui habitent la législation nationale. Un programme d'intégration des éléments étrangers à la théorie générale du contrat doit être élaboré. Il faudra les adapter, les lier aux concepts déjà connus afin qu'ils puissent se fondre dans l'ordre de la théorie. Attacher par exemple l'obligation d'information au moment de la formation ou de la validité du contrat. *A priori* en effet, l'information détermine le consentement d'une partie. L'exécution de cette obligation assure un consentement donné « avec délibération »⁶¹. Son inexécution appelle une sanction à la mesure du préjudice causé au processus de formation du contrat.

L'intégration minimale consisterait à fusionner le droit européen de la consommation à la théorie générale du contrat en préservant formellement sa spécificité. L'opposition entre droit commun et droit spécial, celle entre principe et exception rendent l'exercice concevable. De telles oppositions permettent précisément de sauvegarder l'unité d'une matière, de maintenir la cohérence de sa structure, d'assurer la systématique du droit. Deux corps de règles parfois contradictoires peuvent exister en droit des contrats du moment que l'on assigne à chacun d'entre eux un champ d'application différent ; au premier, le droit commun ; au second, le droit spécial, du coup d'interprétation stricte⁶². Deux tendances contradictoires en législation peuvent être présentées harmonieusement si l'une nourrit un principe, l'autre une exception⁶³. Le droit des contrats du Code civil fournira la théorie générale et les principes ; le droit des contrats du Code de la consommation formera la théorie spéciale et des listes d'exceptions. Les mêmes plans d'exposition pourront alors être adoptés.

La seconde attitude consiste à refuser de rendre compte du droit européen au travers des plans de la théorie générale du contrat. Elle procède d'une volonté de tirer parti ou tirer les conséquences de l'absence de structure de la proposition de directive sur les droits des consommateurs. Il s'agit d'interpréter cette absence de structure comme le signe de l'autonomie du droit européen de la consommation

P. SCHLECHTRIEM, M. STORME, S. SWANN, P. VARUL, A. VENEZIANO and F. ZOLL, Sellier European law publishers, 2008, traduction française des trois premiers livres du DCFR par J. GHESTIN, Fondation pour le droit continental, au livre II, chapitre 9, section 4.

61 H. GROTIUS, *supra* note 21, p.321 ; l'art. 34 du de la proposition de réforme du droit des contrats rapporte l'information au consentement dans le chapitre 2 consacré à la formation du contrat, *Pour une réforme du droit des contrats, Réflexions et propositions d'un groupe de travail sous la direction de François Terré*, Paris, Dalloz, 2009 ;

62 J. CARBONNIER, *supra* note 39 au n°107.

63 Par exemple, la tendance à multiplier les exigences formelles en droit français n'en ferait pas un droit formaliste ; le principe consensualiste demeure, voir *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préface G. PIGNARRE, avant-propos Ch. ATIAS, Paris, LGDJ, 2007, pp.1-2 et 602-603.

par rapport à la théorie générale du contrat. Le texte ne doit pas à être remis en forme. Le désordre est contre-théorique ; il trouble déjà les concepts.

III - Trouble des concepts

A) Contenu de la proposition de directive

La proposition de directive du 8 octobre 2008 sur les droits des consommateurs se singularise par son dénuement conceptuel. Les concepts qu'on attendrait, compte tenu de la matière traitée, n'y sont pas. L'information, la rétractation, les contrats à distance et hors établissement, certains droits des consommateurs spécifiques à la vente (livraison, risques, non-conformité, garantie contractuelle), les droits des consommateurs en matière de certaines clauses, autant d'éléments qui devraient trouver un écho conceptuel dans le consentement, la promesse, l'offre et l'acceptation, l'objet et la cause, la nullité, l'exécution du contrat, l'inexécution et ses remèdes. Aucun de ces mots permettant de donner un sens à la règle de droit ne figure dans le texte. Ce n'est pourtant pas un parti-pris de ce dernier d'exclure tout vocabulaire conceptuel : la résolution, les risques, les indemnités sont des mots qu'il emploie. L'absence de concepts n'en est que plus singulière. Ici encore, l'interprétation peut suivre deux chemins différents.

1^o) Selon une première interprétation, le défaut de concepts s'explique parfaitement. Le droit de la consommation diffère du droit des contrats ; l'objet de la théorie du contrat ne se réduit pas aux opérations passées entre professionnels et consommateurs. Les carences conceptuelles du texte s'expliquent, en quelque sorte, *ratione materiae* ; elles sont même légitimes. Une telle position pourrait s'autoriser de celle du législateur français pour qui la codification du droit de la consommation est autre chose que la codification du droit des contrats ; pour qui le contenu de ces droits diverge à ce point qu'il n'est pas opportun de la confondre dans un même instrument légal.

En outre, l'inscription du contenu des règles de droit dans un cadre conceptuel ou la formulation de théories est le travail de la science et pas de la loi. Il appartient au juriste qui en éprouve le besoin de ramener le droit européen des contrats de consommation dans le giron de la théorie générale ; d'agir par « la médiation des concepts qui lui paraissent fondamentaux »⁶⁴. Au terme de cette démarche, il serait possible d'écrire que l'exécution d'une obligation d'information produit un consentement éclairé ou que le droit de rétractation soutient l'exigence du libre consentement⁶⁵ ; que ces dispositifs protecteurs restaurent la pureté de la rencontre des volontés. Ce travail doctrinal étant fait, il n'y a pas de raison d'opposer indéfiniment le droit des contrats de consommation et le droit civil des contrats. Ceux-ci sont accommodables ; ils s'unissent grâce aux concepts communs

64 L'expression est de Ph. RÉMY, « Ouverture », *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), Paris, Dalloz-Sirey, 2003, p. 15.

65 V. la synthèse des arguments présentés par F. BÉRENGER, *supra* note 48 au n°62.

qui les habitent, lesquels ne sont pas absents du texte mais simplement invisibles. Ils forment l'architecture du droit européen des contrats de consommation. Révélés, ils permettent d'exprimer celui-ci avec raison – la raison du civiliste⁶⁶.

2°) Selon une deuxième position, l'absence de concepts contractuels déstabilise la théorie générale du contrat. Le droit européen de la consommation donne à imaginer un droit des contrats sans ces concepts reconnus comme fondamentaux. C'est ce qui rend un autre discours théorique sur le contrat possible à penser ; à charge d'exploiter, d'investir le vide du texte. Dans le cadre limité de cet article, l'exercice sera mené à partir de l'absence du concept de consentement.

B) Le reflux des concepts fondamentaux : le consentement

Le consentement constitue le cœur de la théorie générale du contrat. Celle-ci est une théorie des promesses juridiques léguée conjointement par l'École droit naturel moderne, les Lumières, le rationalisme. L'obligation a été liée au consentement qui transcende les formes de l'engagement contractuel. Consentement = contrat. Les droits européens, fortement influencés par ce modèle, pays de codes civils et pays de pandectes, *common law* aussi dans une moindre mesure, ont placé l'échange des consentements en tête de la théorie du contrat⁶⁷. Les déclinaisons du consentement selon les systèmes (intention, déclaration de volonté, accord) déterminent : a) l'existence du contrat – le contrat est une offre acceptée⁶⁸ ; b) sa formation/ validité – le contrat n'oblige pas en cas de désaccord sur ses éléments essentiels⁶⁹ ; c) sa portée – ce qui a été voulu par les parties détermine le champ de leur engagement⁷⁰, d) son interprétation – le juge recherche ce qui a été voulu ensemble par les parties⁷¹. Le concept de consentement exerce une puissante attraction sur les constructions intellectuelles relatives au droit des contrats (le droit du contrat-promesse).

L'absence du consentement perturbe au plus haut point la théorie générale du contrat selon laquelle le droit du contrat est d'abord un droit des promesses ; un droit

66 P. RÉMY, *ibid.*, p. 11.

67 Sur l'idée d'une épistémè commune aux théories européennes du contrat, M. VILLEY, *Préface historique à l'étude des notions de contrat*, Archives de philosophie du droit n°13, Paris, Sirey, 1968, p. 3 « notre théorie du contrat est un cadeau que nous a fait, à nous juristes, un certain groupe de philosophe de l'Europe moderne » ; voir aussi ce qu'écrit M. FABRE-MAGNAN à propos de l'ouvrage de J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, dans *Droit des obligations*, *supra* note 38 au n°25.

68 « Generally, that process [by which the parties to a contract reach agreement] can be analysed into the acceptance by one party of an offer made by another », G. HEINZ TREITEL, *An outline of the law of contract*, 5^e éd., Butterworths, 1995, p. 7.

69 « Le consentement qui forme le contrat de vente doit intervenir, 1° sur la chose qui fait l'objet du contrat ; 2° sur le prix ; 3° sur la vente même », R.-J. POTHIER, *Traité de la vente*, Paris, Thomine et Fortic, 1821 au n°31.

70 « La première question à se poser en matière d'exécution de l'obligation est une question de responsabilité ; car il s'agit de savoir dans quelle mesure le débiteur s'est engagé à exécuter et quelle somme de diligence il a entendu promettre », R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire Allemand*, 3^e éd., LGDJ, 1925, n°15.

71 J. MANUEL LETE DEL RIO, J. LETE ACHIRICA, *supra*. note 45, p. 529.

du consentement contractuel. Cette absence implique, en soi, une déconstruction du rapport entre le contrat comme accord de volontés source de l'obligation juridique avec le droit du contrat. Non pas que ce rapport doive être invalidé, mais concurrencé, confronté avec son antithèse : un droit des contrats qui ne prend pas pour premier objet l'accord des volontés, un droit des contrats indifférent à l'échange des consentements, ou encore un droit des contrats dans lequel le contrat n'est pas un acte juridique mais une opération économique considérée par le droit⁷². Concrètement, il s'agit de développer des interprétations qui ne sont pas contraintes par le concept de consentement. Dans ce qui suit, je voudrais donner un aperçu de ce type d'interprétation en déconnectant du consentement deux éléments qui lui sont *a priori* connexes : l'obligation d'information et le droit de rétractation ; et en tirer certaines conséquences sur le droit des contrats.

1) *L'absence du concept de consentement et l'obligation d'information*

Il est naturel de considérer l'obligation d'information du professionnel par l'intermédiaire du consentement contractuel⁷³. Le contrat comme accord des volontés impose sa logique à l'interprétation. Ainsi, le manquement à l'obligation d'information devrait d'abord être sanctionné selon le trouble dont la formation du contrat se trouve affectée⁷⁴. Il faut recourir à la nullité pour erreur ou pour dol, sanction parfois déclinée en dommages et intérêts. En suivant cette même logique, qui voudrait voir sanctionner autrement l'inexécution de cette obligation devrait préalablement détacher l'information du consentement. La force d'attraction de ce dernier fait qu'il tend à s'intercaler, en théorie, entre l'information qu'il faut délivrer et le droit du contrat qu'il faut appliquer.

L'absence du mot « consentement », le défaut même d'allusion au concept dans le texte européen, offre de penser l'information indépendamment de ses rapports avec la volonté contractuelle. Il faudrait saisir l'information comme concept autonome, secrétant ses propres règles d'interprétation⁷⁵. La liberté laissée par la proposition de directive aux États membres de choisir les sanctions de l'inexécution de l'obligation d'information peut en fournir la possibilité technique. Le droit à l'information du consommateur n'a plus à être forcément traité au moyen de la théorie (des vices) du consentement. La violation de ce droit appelle une sanction indépendamment de la question de savoir si l'échange des

72 S. PIMONT, *L'économie du contrat*, P.U.A.M., 2004, au n°496 ; Ch. ATIAS, « Introduction », *Droit et économie des contrats*, Christophe Jamin (dir.), LGDJ, 2008, pp. 18-19.

73 J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Éditions Yvon Blais, 1998, au n°158 ; H. AUBRY, *supra*. note 24, au n°56.

74 Ph. MALINVAUD traite l'obligation dans la partie de son livre consacrée à la conclusion du contrat ; il indique en outre que si cette obligation a été respectée « *on doit, semble-t-il, considérer que le consentement donné par le consommateur est suffisamment éclairé et qu'il perd par là même toute possibilité d'invoquer l'erreur ou le dol pour faire annuler son engagement* », *Droit des obligations*, 10^e éd., Litec, 2007, p. 163.

75 L'autonomie ne signifie pas que l'information n'entretienne pas de rapport avec la volonté contractuelle. Cette dernière en est probablement une composante. L'autonomie est bien celle du concept, qui n'est pas un concept simple mais composé, voir G. DELEUZE, F. GUATTARI, « Qu'est-ce qu'un concept », *Qu'est-ce que la philosophie*, rééd. 2005, Les éditions de minuit, p. 21 et s.

consentements doit être invalidé. Il n'est non plus nécessaire de fixer la nature pré-contractuelle, contractuelle ou post-contractuelle de l'obligation d'information pour en déterminer la sanction. Dégagée de la contrainte consensualiste, l'information montre d'autres de ses autres fonctions en droit des contrats.

a) L'information ne sert plus à composer la volonté contractuelle du consommateur. Elle lui permet de s'orienter vers l'opération la plus utile. Le droit à l'information, loin de n'être que le signe de l'*imbecilitas* d'une partie, se comprend comme le gage d'une liberté promise sur le marché intérieur⁷⁶. Celui qui retient l'information perturbe cette liberté. En ce cas, les dommages et intérêts doivent compenser autre chose qu'un défaut dans la procédure de formation du contrat. Ce peut être le fait de n'avoir pas choisi ou pas été en mesure de choisir un autre cocontractant offrant des conditions plus avantageuses. Dans cette même perspective, le défaut d'information constitue une atteinte au libre jeu de la concurrence. Les dommages et intérêts pourraient avoir pour fonction de punir le professionnel qui viole une liberté fondamentale en économie de marché⁷⁷. En particulier lorsque le professionnel en question trouve dans sa position dominante une raison de retenir l'information utile : plus une entreprise maîtrise le marché, plus elle dispose des moyens de financer l'inexécution de ses obligations d'information. La possibilité de dommages et intérêts punitifs forme un contre-pouvoir⁷⁸.

b) La transmission de l'information établit les opérateurs économiques dans un lien de confiance. Confiance qui, encore, dérive du marché ; de l'idée selon laquelle les rapports de celui qui offre massivement sur un lieu d'échanges – professionnel – avec celui qui est un parmi une multitude – consommateur – diffèrent du rapport de volonté à volonté postulé par la théorie du contrat-promesse. Celle-ci s'appuie une règle morale (il faut tenir ses promesses) qui investit *a priori* l'échange des consentements de la confiance nécessaire à l'établissement d'une relation juridique appelée contrat. C'est pourquoi la parole donnée engage l'individu ; parole donnée en gage de l'exécution d'une promesse.

D'autres modèles sont possibles qui ne centrent pas systématiquement les rapports juridiques volontaires sur l'échange des consentements. Ainsi, la relation juridique du professionnel avec le consommateur se compose avant et indépendamment du contrat qui ne sera peut-être pas conclu. L'inexécution de l'obligation d'information marque parfois le refus de composer cette relation de

76 Ph. RÉMY, «Droit des contrats : questions, positions, propositions», *Le droit contemporain des contrats*, Loïc Cadet (dir.), préface G. CORNU, Economica, Travaux et recherches de la Faculté de droit de Rennes, 1987, p. 278 pour la citation ; rapp. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1993, pp. 244-245.

77 G. VINEY, *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile*, Recueil Dalloz, 2009, pp. 2944-2947.

78 Rapp. E. MACKAAY et S. ROUSSEAU à propos des dommages exemplaires, *supra* note 14, au n°1268 : « les dommages exemplaires ont pour but de restaurer la pression dissuasive sur l'auteur des dommages, tout en laissant l'initiative de la poursuite à un particulier plutôt de le confier à une agence de l'État ».

confiance -*reliance*⁷⁹ ; le refus alors de jouer le jeu selon ses règles. Elle est parfois aussi une rupture du lien de confiance. Elle appelle une sanction en elle-même, sans qu'il faille mesurer son impact sur le consentement des parties. L'inexécution de l'obligation d'information est alors une *culpa in contrahendo*, sanctionnée par une responsabilité spécifique, pas vraiment réductible à la responsabilité délictuelle ou contractuelle⁸⁰ :

- En cas de défaut de conclusion du contrat, elle permet d'obtenir l'intérêt négatif, ce qui consiste à replacer le consommateur dans la situation qui aurait été la sienne s'il ne s'était pas engagé dans une relation de confiance. Il se trouve pratiquement dans la même position que la victime d'une rupture des négociations. Ceci lui donne un avantage dans la mesure où, précisément, il n'y a pas eu de négociations au sens que donne à ce mot la théorie du contrat-promesse. Celle-ci conduit à considérer le consommateur comme la partie qui consent à un contrat qu'elle n'a pas la possibilité de négocier⁸¹.
- En cas de conclusion du contrat, l'inexécution de l'obligation d'information demeure une « faute en contractant ». L'intérêt positif donne alors la mesure de la sanction. Le consommateur doit être placé dans la situation qui aurait été la sienne si l'information avait été transmise : il aurait pu, par exemple conclure une opération plus avantageuse avec un concurrent.

Évidemment, dans ces deux hypothèses, l'enjeu est si faible que l'action du consommateur est peu probable. Mais on peut croire que son droit mérite pourtant protection, de sorte que les moyens d'y parvenir doivent s'accroître. À quoi s'ajoute la dimension catallactique de l'opération : la faiblesse de l'enjeu du procès est une bonne raison pour le professionnel de ne pas transmettre l'information. En réponse la *culpa in contrahendo* qui existe ici pourrait donner lieu à des dommages et intérêts punitifs ou exemplaires.

2) L'absence du concept de consentement et le droit de rétractation

Le droit de rétractation, appelé aussi droit de révocation ou droit d'annulation (*right of cancellation*), est la faculté accordée au consommateur de se délier du contrat. La théorie du consentement appliquée aux rapports de consommation l'attire et impose une manière de l'interpréter. Le droit de rétractation sert à « garantir le consentement libre, éclairé et réfléchi du consommateur »⁸².

79 Voir H. MUIR-WATT, « Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance », *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, supra note 63, pp. 61-63.

80 B. DE CONINCK, « Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles », *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruylant LGDJ, 2002, pp. 53-62.

81 Voir M. FABRE-MAGNAN sur le contrat d'adhésion, *Droit des obligations*, supra note 38, pp. 206-207.

82 *Introduction aux articles 40a - 40f, Commentaire romand du Code des obligations*, L. THEVENOZ, F. WERRO (dir.), Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 235 et s. ; dans le même sens, G. LOISEAU, « Le droit communautaire de la consommation et le droit français des obligations », *Le droit*

Techniquement, l'acceptation du consommateur constitue l'objet du droit de rétractation. Elle s'intercale, comme filtre de l'interprétation, entre l'exercice de la rétractation et les effets que celle-ci doit produire. Selon les sensibilités consensualiste ou pandectiste de la théorie du contrat, une alternative se présente. Ou bien se rétracter consisterait à retourner au *statu quo ante* du contrat parce que l'acceptation est, après-coup, inopérante – le consentement est jugé rétroactivement altéré. Ou bien se rétracter serait procéder à la résolution – ou la résiliation⁸³ – unilatérale du contrat parce qu'une déclaration de volonté postérieure réduit à néant la déclaration initiale qui, cependant, a pu produire tous ses effets.

La proposition de directive n'indique pas, ni ne suggère, que le droit de rétractation doive s'insérer dans ces systèmes pour être efficace. Le texte invite à penser un tel pouvoir du consommateur en dehors des effets qu'il produit sur son consentement. Il devient possible de dégager la rétractation de l'acceptation ; l'objectif de celle-là n'est pas la pureté de celle-ci. D'autres fonctions du droit de rétractation peuvent s'apercevoir.

Le consommateur dispose du droit d'apprécier l'utilité du bien ou du service qu'il se procure sur le marché⁸⁴. Le pouvoir de se libérer du contrat répond à celui de vérifier l'opportunité de l'échange pendant un certain temps (quatorze jours). Le droit de rétractation sert une sorte de faculté générale d'agrément des biens et services dans l'Union Européenne ; il s'agit « d'ouvrir une chance » à l'intention du consommateur. Ainsi s'explique son domaine : les situations dans lesquelles l'évaluation concrète du bien ou du service est impossible (les ventes à distance) ou difficile (les ventes hors établissement). Ainsi s'explique aussi un point crucial de son régime : « la responsabilité du consommateur n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation de biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour s'assurer du bon fonctionnement de ces biens » (article 17. 2. de la proposition de directive). En d'autres termes, l'indemnité éventuellement due par le consommateur est celle qui trouve sa cause ailleurs que dans l'exercice du droit de rétractation⁸⁵. Celui-ci est, de son essence, quasi-gratuit. Évidemment, cette quasi-gratuité conduit les professionnels à en reporter le coût sur le prix de vente. Le consommateur ne supporte pas seul le prix du droit de rétractation ; ce dernier ne s'attache pas à une opération isolée. Le risque de l'inadéquation immédiate du bien ou du service proposé aux besoins de l'acheteur ne se négocie pas à chaque contrat ; ne se règle pas de gré à gré. L'institution du droit de rétractation obligatoire n'est concevable que dans la mesure où le contrat n'est pas pensé isolément. Dans le cas contraire, la théorie du contrat s'organiserait autour d'un paradoxe. Une partie offre le droit de contracter et le droit de ne pas contracter ; l'acceptant consentirait sans consentir.

communautaire de la consommation, Bilan et perspectives, D. FASQUELLE et P. MEUNIER (dir.), La documentation française, 2002, p. 171.

83 B. MOORE, D. LUELLES, *Droit des obligations*, Les éditions Thémis, 2006, p. 1146.

84 Rappr. F. HAYEK, *supra*, note 29, p. 563 : « on garantit à l'individu certains des éléments de la situation dans laquelle il aura à choisir ».

85 Voir S. PIMONT, « Rétractation dans les ventes à distance et indemnisation pour usage du bien acquis », *Revue des contrats*, Lextenso éditions, 2010/1, pp. 117-118.

Le modèle du contrat comme accord de volontés / échange de promesses n'en sort pas indemne. L'obligation d'assurer systématiquement au consommateur un droit de rétractation n'est tenable que si le risque de rétractation peut être mutualisé, c'est-à-dire si l'offrant est en capacité de le répartir. Tel est le cas lorsqu'il propose simultanément l'opération à un grand nombre de demandeurs, lorsqu'il projette son activité dans un lieu d'échanges. Il s'agit d'un mécanisme global de répartition des risques ; mécanisme au service du marché, et pas du contrat comme promesse.

3) *L'absence du concept de consentement et le droit des contrats*

La proposition de directive sur les droits du consommateur propose un droit des contrats qu'il est possible d'interpréter indépendamment du concept de consentement. Il s'ensuit un reflux de la théorie des promesses. On ressent alors un droit des contrats que n'ordonne pas la théorie générale. Finalement un droit des contrats dans lequel le concept de contrat n'est pas tellement important. Les dispositions de la proposition de directive qui concernent les clauses contractuelles (art. 30 et s.) sont significatives. Elles ne sont pas sous-tendues par le concept de contrat ; la théorie des promesses n'aide pas à leur compréhension.

Les obligations relatives à la rédaction, à la prise de connaissance du contenu contractuel et au déséquilibre que celui-ci provoque (les clauses abusives) ne font pas suite à l'idée d'un contrat comme promesse. Le rédacteur, le professionnel, celui qui promet est un personnage abstrait et en ce sens inaccessible au consommateur. Ce dernier traite le plus souvent avec quelqu'un qui n'est pas le cocontractant, mais son salarié ou son représentant. De multiples volontés s'expriment alors du côté de l'offrant ; le dialogue prélude à la promesse n'a pas lieu entre les bonnes personnes. La théorie du contrat-promesse en souffre au profit de celle du contrat d'adhésion. Le texte européen fait peser sur le professionnel des obligations qui ne sont pas causées par le contenu de ses promesses mais par leur projection dans le marché. Il ne s'agit pas de restaurer l'équilibre de l'échange des consentements mais de garantir la liberté sur le lieu des échanges.

L'objet de ce qu'on appelle le « droit des contrats » change. D'habitude, cet objet est la promesse qui engage juridiquement. Le droit des contrats est un droit de l'obligation contractée par la promesse : l'obligation conventionnelle. C'est pourquoi le Code civil français « confond » le contrat et l'obligation qu'il fait naître⁸⁶. Chacun n'est qu'une partie du même concept. La promesse n'a de sens qu'en considération de l'idée selon laquelle il faut tenir ses promesses ; l'obligation de l'exécuter est la promesse elle-même. Corrélativement, la théorie générale du contrat se consacre d'abord à la question de la formation du contrat (qu'est-ce que promettre) puis à ses effets, c'est-à-dire la force obligatoire et les obligations ensemble (qu'est-ce que le *promis*?). Selon la théorie générale alors, le droit du contrat est un droit de l'engagement, droit du *vinculum juris*, droit de l'enchaînement des

86 DEMOLOMBE explique la confusion en réponse à MARCADÉ, *op. et loc. cit.*

parties à leur promesse⁸⁷, droit de l'aliénation volontaire de la liberté. Il se concentre dans la formule *pacta sunt servanda*.

L'absence du concept de contrat dans la proposition de directive assigne un autre objet au droit des contrats. Celui-ci devient le droit de ceux qui se procurent des biens et des services sur le marché intérieur – droit des droits des consommateurs. Bien souvent il est, à la place d'un droit de l'engagement, un droit du désengagement⁸⁸ (droit de rétractation, clauses abusives). Il promeut l'utilité du contrat (contrat-opération) à la place de sa force obligatoire. La proposition de directive sur « les droits des consommateurs » est alors bien nommée qui organise un droit des contrats sans concept de contrat. Le changement est considérable; il n'est pas inconcevable⁸⁹. Carbonnier préfère le suggérer en se plaçant sur le terrain de la morale du droit. Il parle d'une morale des affaires, détachable du droit commun de la morale contractuelle, c'est-à-dire de celle déposée au Code civil français.

« On aurait tort, cependant, de poser la distinction en termes de plus ou de moins : la morale des affaires est marquée par des traits originaux : 1° La notion du *fair play*, le contractant doit être beau joueur, résister à la tentation de se retirer d'une affaire engagée qui tourne mal (opp. les droits de repentir, de dédit, d'une morale pour les faibles), tous les contrats lui sont aléatoires; 2° Le calcul économique [...] Lucide, la morale des affaires constate que la charité (telle que la traduit par exemple une protection outrancièrement protectionniste des consommateurs) a un coût appréciable qui s'incorporera au contrat, et elle se demande si la meilleure morale contractuelle ne coïnciderait pas finalement avec le meilleur marché possible »,⁹⁰

La possibilité de concevoir des solutions en droit des contrats sans solliciter le concept de contrat, et le trouble causé alors à la théorie générale, ne doivent pas se comprendre comme exclusifs d'un travail théorique sur le contrat. C'est pourquoi il me semble que le droit européen de la consommation suggère une « contre-théorie du contrat ». Celle-ci a pour fonction de mettre en balance les solutions dérivées de la théorie générale du contrat. De limiter leur autorité aussi. Comme si la théorie perdait la force qui lui vient de sa généralité⁹¹. Au passage, l'activité théorique gagne en densité rhétorique. On ne l'utilise plus pour découvrir/enseigner la vérité du droit mais orienter l'interprétation. L'activité théorique des juristes a pour objet la fabrication de discours théoriques, c'est-à-dire de propositions qui ont vocation

87 Voir F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 15, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe et C^{ie}, 1878, n°423-424.

88 Rapp. ACOLLAS, *Manuel de droit civil, Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, t. 2, 2^e éd., Paris, 1874, p.720 : « Dans l'ordre juridique, l'individu doit être laissé libre de ne pas exécuter le contrat qu'il a formé, sauf la réparation pécuniaire due au cocontractant pour le dommage que cette inexécution lui cause ».

89 J. POOLE, *Contract Law*, *supra* note 15, p.10 : « it is essential to distinguish between the device of contract, which has universal qualities, and the law of contract, which the vehicle for adapting those universal qualities to the particular needs of a given society ».

90 *Droit civil, Les biens, Les obligations*, PUF, Quadriga, 2004, p.1958.

91 Voy. S. PIMONT, « Peut-on réduire le droit en théories générales, Exemples en droit du contrat », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2009, pp.417-431.

à convaincre ceux à qui ils s'adressent. Il faut pour cela admettre que le droit des contrats ne présente plus de structure unifiée autour des concepts liés par la raison au droit positif. Théorie et contre-théorie du contrat s'entrelacent, l'une advenant en permanence comme critique de l'autre. Chacune déstabilise la hiérarchie des intérêts qui, réglée, est toujours une injustice⁹². Chacune empêche que s'installe durablement l'ordre de la raison juridique ou celui du marché.

Montréal, septembre 2011.

92 L'idée de contre-théorie juridique doit beaucoup à Jacques DERRIDA: «chaque fois qu'on applique tranquillement une bonne règle à un cas particulier, à un exemple correctement subsumé, selon un jugement déterminant, le droit y trouve peut-être et parfois son compte mais on peut être sûr que la justice n'y trouve jamais le sien. [...] Il faut savoir aussi que cette justice s'adresse toujours à des singularités, à la singularité de l'autre, malgré ou en raison même de sa prétention à l'universalité. Par conséquent, ne jamais céder sur ce point, tenir constamment en haleine un questionnement sur l'origine, les fondements et les limites de notre appareil conceptuel, théorique ou normatif autour de la justice, c'est, du point de vue d'une déconstruction rigoureuse, tout sauf une neutralisation de l'intérêt pour la justice une insensibilité à la justice. [...] Bref, pour qu'une décision soit juste et responsable, il faut que dans son moment propre, s'il y en a un, elle soit à la fois réglée et sans règle, conservatrice de la loi et assez destructrice ou suspensive de la loi pour devoir à chaque fois la réinventer, la re-justifier, la réinventer au moins dans la réaffirmation et la confirmation nouvelle et libre de son principe. Chaque est autre, chaque décision est différente et requiert une interprétation absolument unique, qu'aucune règle existante et codée ne peut ni ne doit absolument garantir», *Force de loi*, pp. 38, 44-45, 51.

SÉBASTIEN PIMONT

Le *Livre Vert* «relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises» (COM(2010) 348 final) pose la question de «la nature juridique de l'instrument de droit européen des contrats». Pour y répondre, il décline des «options» dont la première suggère que les travaux relatifs au droit européen des contrats (le texte d'un groupe d'experts¹) pourraient «servir dans le cadre de l'enseignement supérieur ou de la formation professionnelle, sous la forme d'un recueil tiré des diverses traditions juridiques des États membres en matière de contrats». Pour les rédacteurs du *Livre Vert*, l'enseignement du droit apparaît ainsi, tout à la fois, comme un moyen de «contribuer à la convergence volontaire des droits nationaux des contrats» «à long terme» et comme une façon de «consolider le marché intérieur». Dans les lignes qui suivent, même si une autre solution est aujourd'hui retenue², j'entends prendre au sérieux une telle proposition et en profiter pour réfléchir à ce qu'enseigner le droit européen des contrats veut dire.

Certains penseront peut-être qu'une telle «option» ne présente guère d'intérêt. La lecture du *Livre Vert* ne les détrompera pas. «Cette solution» n'est pas celle que préfèrent ses rédacteurs. Après l'avoir présentée, ils s'empressent de noter que, reposant sur «un texte dépourvu de toute autorité ou de tout statut officiel pour les tribunaux et les législateurs», elle «n'éliminerait» finalement «pas les obstacles entravant le marché intérieur». Ce qui est une façon de dire que pour être efficace, l'enseignement doit avoir pour objet un texte ayant une valeur contraignante. Alors seulement, comme un complément, un accessoire, il pourrait contribuer à réduire «sensiblement les divergences existant en droit des contrats», un peu à la façon dont les cours de code Napoléon ont assuré la diffusion, la compréhension et finalement le succès du système civil de 1804 sur l'ensemble du territoire français. Au-delà du projet d'améliorer le marché intérieur, s'agissant de droit, l'utilité de l'objet enseigné détermine logiquement l'intérêt de l'enseignement. Pour cela c'est le *droit positif* qu'on professe majoritairement dans les facultés de droit, c'est-à-dire un *droit*

1 En cours d'élaboration et sur lequel voyez H. CLARET, G. PIGNARRE et le groupe de travail du CDPPOC, «Les méthodes de la commission européenne : à quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint?», *D.* 2011, p. 1981.

2 Voyez la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente du 11 octobre 2011, COM(2011) 635 final.

*utile*³. À quoi bon s'échiner, puisque le nombre d'heures de cours est limité, à faire comprendre des textes dont, au cas de non-respect, nos étudiants ne pourront pas demander l'application à un juge ? Par ailleurs, on devine le succès des cours (qu'on imagine optionnels) portant sur un tel « droit virtuel »⁴. À deux siècles d'écart, il pourrait ressembler à celui des enseignements de droit naturel moderne ... désertés par les futurs juristes.

La charge est sans doute sévère. Les rédacteurs du *Livre vert* suggèrent d'ailleurs, afin d'enseigner le droit européen des contrats, d'établir un rapport avec les droits nationaux (grâce à un « *recueil tiré des diverses traditions juridiques des États membres en matière de contrats* »). C'est-à-dire de lier un tel enseignement à celui des droits en vigueur. L'idée est *a priori* séduisante. Le droit européen des contrats pourrait alors devenir une matière proche du droit comparé – en fait, un appendice de celui-ci. Mais la médaille à son revers : le temps consacré à l'étude du premier empiéterait sur celui, souvent limité, alloué au second. Et par suite, son apprentissage présenterait sans doute les mêmes avantages et surtout les mêmes limites⁵.

Ce qui m'intéresse ici est de montrer qu'en dépit de ces arguments, l'enseignement d'un droit européen non positif des contrats ou, au moins, l'utilisation des principes et des concepts issus d'un tel droit dans l'enseignement du droit national des contrats, peut contribuer à la création d'une pensée juridique européenne commune. Et qu'ainsi, il peut rendre possible, sans doute plus vite qu'on ne l'imagine, le rapprochement des droits positifs nationaux. Pour parvenir à mes fins, je crois nécessaire de réfléchir sur « l'activité dogmatique » des professeurs de droit. Activité qui consiste d'abord à donner une « *description systématique et ordonnée du droit en vigueur* »⁶. Activité qui conduit aussi à interpréter celui-ci, à en chercher les principes⁷ voire à construire, à partir des matériaux qu'il offre, des théories générales⁸. Tel est la matière de l'enseignement du droit *lato sensu*, c'est-à-dire celle du travail qu'effectuent les professeurs de droit à destination des juristes

3 Voyez J. CARBONNIER, « Préface », *Prospectives du droit économique – Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, republiée dans *Ecrits*, textes rassemblés par R. Verdier, PUF, 2008, p. 584 s, sp. pp. 585-586 : « *avant d'être une philosophie suspecte, le positivisme juridique a été très simplement un acte de conscience professionnelle envers les étudiants* ».

4 Sur cette expression voyez D. MAZEAUD, « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'UNIDROIT et de la Commission Lando », dans les *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz, Litec, 1999, p. 205 s.

5 À propos du but de la comparaison voyez R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p. 5 s.

6 Voyez la typologie des activités de recherches relatives au droit proposée par A. JEAMMAUD, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence Revue Critique*, 2010, p. 181 sp., pp. 187-190.

7 À propos des principes dans l'enseignement du droit civil voyez A. COLIN et H. CAPITANT, « Extrait de l'avant-propos de la première édition », *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 1^{er}, 4^e édition, Paris, Dalloz, 1923, pp. VII-VIII ; H. CAPITANT, « Préface », *Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 1927, p. IV.

8 L'activité dogmatique devient alors, selon la typologie proposée par A. JEAMMAUD (*supra*), « *doctrinale* » ; deux activités qui se mêlent « *étroitement* » et « *dont la distinction [...] mérite d'être relativisée* » (*op. cit.*, p. 190).

et des futurs juristes. Un travail dont il ne faut pas minorer l'importance⁹. Les juristes savent (au moins d'expérience) que l'enseignement du droit est irréductible au simple exposé de la loi – pas plus qu'il ne correspond à la liste ordonnée des arrêts (mêmes importants). Plutôt que le législateur, qui je crois s'en moque souvent, je supposerai dans les lignes qui suivent que c'est le travail des professeurs de droit, la production d'un discours dogmatique, oral ou écrit qui, sans cesse recommencé, à propos de chaque loi, chaque décret, chaque arrêt, institue (*spontanément*¹⁰) l'ordre juridique¹¹. Comme l'écrivent les professeurs Jestaz et Jamin « la doctrine fait le système »¹². En acceptant une telle opinion, l'option qui consiste à simplement enseigner un droit européen des contrats, même virtuel, ne devrait plus être négligée. En intégrant ce « droit » dans son discours, la doctrine peut donner une image différente de l'ordre juridique. En outre, une telle affirmation laisse deviner la nature politique de l'acte d'enseigner – qui est l'exercice d'un « pouvoir »¹³. Un acte qui, s'agissant de droit européen des contrats, met en jeu la liberté académique du professeur, sa responsabilité donc, et une conception du droit située quelque part entre nationalisme et européenisme.

Dans les lignes qui suivent je voudrais développer ces idées en montrant d'abord que l'enseignement du droit est un acte fondateur (I) puis en l'analysant comme un acte politique (II).

I.

L'idée selon laquelle l'enseignement du droit est un acte fondateur surprendra peut-être. La dogmatique apparaît *a priori* comme un écho du droit « tel qu'il est »¹⁴. Ce qui est logique : le droit n'est pas la science du droit¹⁵ ; la seconde suppose de « connaître » le premier « et, sur la base de cette connaissance, de le décrire

9 Voyez B. FRANÇOIS, « Notations en forme de plaidoyer pour un point de vue a-disciplinaire mais néanmoins soucieux des impensés disciplinaires », *La juridicisation du politique*, J. Commaille, L. Dumoulin et C. Robert (dir.), Paris, LGDJ, Droit et société, classics, pp. 121-125.

10 Voyez « Droit civil, liberté et marché. À propos de quelques lectures de Jean Beauchard », *Mélanges dédiés à la mémoire de Jean Beauchard*, à paraître.

11 Le mot « ordre » ou « système » utilisé dans cet article le sera dans le sens de système ou d'ordre civil. Plus prosaïquement, j'entendrais aussi par ordre ou système l'image qu'un cours de droit donne du droit (des principes, des exceptions, des théories générales).

12 Voyez « L'entité doctrinale », *D.* 1997, p. 167 ; des mêmes auteurs, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 218 s.

13 Un tel pouvoir est une manifestation de la « *puissance intellectuelle* » des juristes (que RIPERT oppose à la « *puissance politique* » dans *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949, n° 15) ; il s'agit d'une « *parcelle de pouvoir* » appartenant aux professeurs de droit selon CARBONNIER (« Préface », *Prospectives du droit économique – Dialogues avec Michel Jeantin*, préc.). Un tel pouvoir peut être rapproché du « *droit de nommer* » dont parle Nietzsche (*La généalogie de la morale*, Folio, Essais, Paris, 1971, p. 22).

14 Voyez CARBONNIER qui, dans son introduction au droit civil, cite IHERING : « *le droit doit être ... tel qu'il est* » : *Droit civil*, I, Paris, Thémis, Quadrige, PUF, 2004, n° 3.

15 J'entends ici la dogmatique comme une part de la science du droit et non pas, simplement, comme l'objet de celle-ci. Mais tout dépend de l'idée qu'on se fait de la science.

ou de l'analyser»¹⁶. Une telle idée s'explique aussi par l'existence d'un discours juridique (sur le droit), d'un «système de pensée juridique»¹⁷, sans doute hérité de la modernité (de la codification; des lumières; de l'École du droit naturel)¹⁸, qui conduit les civilistes à dissimuler sans le vouloir leur activité dogmatique derrière l'action d'un législateur démiurge¹⁹. J'ajoute que la critique du culte de la loi, pourtant menée par les auteurs du début du XX^e siècle, n'a guère modifié nos représentations sur ce point. Pire, dans notre langage, à la loi s'ajoute aujourd'hui la jurisprudence, nouveau mythe, pour rendre presque imperceptible le travail des professeurs de droit. Quelques exemples tirés de l'histoire récente peuvent aider à se dégager d'un tel carcan (A). Ils montrent tous, à des époques différentes, que l'enseignement du droit a pour résultat de créer un objet qui ne préexiste pas à sa formulation et qu'en cela, il est un acte fondateur (B).

A.

Le moment de la codification est important. La loi devient alors la source exclusive du droit. Et pourtant, elle ne peut totalement occulter la place de l'enseignement du droit dans l'élaboration du droit des contrats. Le code civil français est d'abord le réceptacle d'un travail dogmatique intense (comme le BGB le sera un siècle plus tard). Son contenu est grandement influencé par l'œuvre de Domat et Pothier. Il formalise les fruits d'un effort de rationalisation du droit (civil) à destination des étudiants et des praticiens²⁰. Bien plus, avant comme après l'entrée en vigueur du code, la doctrine participe à l'institution du droit des contrats, une institution par sa parole dans les amphithéâtres et par l'écriture. Ainsi, la rédaction des cours de droit des obligations, à la suite du *Traité* de Pothier, apparaît comme un véritable «genre littéraire»²¹ : un discours structuré selon certaines conventions ou normes. Et le célèbre «*mon code est perdu!*» lancé (dit-on) par Napoléon en découvrant l'un des premiers commentaires du code civil

16 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par C. EISENMANN, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 79.

17 Telle est l'expression employée par VILLEY dans son cours sur *La formation de la pensée juridique moderne*, Léviathan, PUF, 2003, p. 491.

18 À propos de la «modernité juridique» voyez P. GROSSI, *L'Europe du droit*, Seuil, coll. «Faire l'Europe», 2011, p. 81 s.

19 Comparez A. SCHÜTZ, «L'immaculée conception de l'interprète et l'émergence du système juridique: à propos de «fiction» et «construction» en droit», *Droits, Revue française de théorie juridique*, 21, La fiction, PUF, 1995, p. 115 – «la 'gloire' historique du juriste occidental» (le fait qu'il représente un droit qui lui préexiste à part entière et auquel il n'ajoute rien) «*dépend tout entièrement*» d'un «*sale petit secret professionnel*» : l'interprète est le «*souverain du territoire des possibles juridiques*». Mais une telle souveraineté «*est invouable, car la déclarer, c'est renoncer à parler au nom de la loi*». «*L'interprète du droit décide et opère bel et bien, mais incognito; son originalité est d'avance absorbée par la loi pour le compte de laquelle il agit tout en l'interprétant*».

20 Sur l'importance du droit romain, sur celle de POTHIER et DOMAT (eux-mêmes influencés par le rationalisme juridique) dans le Titre III du Livre III du code civil voyez la présentation au corps législatif et l'exposé des motifs par BIGOT-PRAÉAMENEU dans le *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, A. FENET, tome 13, Réimpression de l'édition de 1827, Otto Zeller, Onasbrück, 1968, pp. 215-218.

21 Voyez J. CARBONNIER, *Droit civil*, 2, Paris, Thémis, PUF, Quadriga, 2004, n° 919 – auteur qui parle d'un «genre littéraire des obligations».

(celui de Malleville²²), témoigne, tout à la fois, de l'originalité et de l'autorité d'une telle « littérature de manuel »²³ comme, plus largement, de celle de l'enseignement du droit. Dans sa version radicale, marquée par la philosophie des lumières, la promulgation des codes devait en effet réduire au silence les interprètes du droit²⁴. Or la promulgation du code civil n'a fait disparaître ni les civilistes²⁵ ni surtout la fonction constitutive de leur parole. Même après 1804, le système civil, devenu celui de la loi, demeure lié au discours doctrinal, c'est-à-dire au travail de la loi nouvelle par les professeurs de droit²⁶. Un exemple, parmi d'autres, est l'enseignement des articles 1108 et 1131 et suivants du code civil. Il s'agit de la construction dogmatique de la théorie de la cause – c'est-à-dire d'un objet qui ne préexiste pas à son enseignement. Selon la loi, « *une cause licite dans l'obligation* » est « *une condition pour la validité d'une convention* » (art. 1108) et « *l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet* » (art. 1131). Tout en l'érigeant en une condition de validité du contrat, la loi ne dit pas ce qu'est la cause. Dès les premiers commentaires du code, s'appuyant sur le droit de Justinien et sur Pothier, sur un savoir irréductible à la loi, ce sont les auteurs qui le feront dans les cours de code civil²⁷. En donnant une définition abstraite de cette notion, ce sont eux qui constituent le système civil : leur théorie limite la faculté offerte à l'État de contrôler l'usage de liberté contractuelle ; cette construction participe à l'institution d'un ordre civil libéral.

Le phénomène de constitution du droit des contrats par le discours doctrinal, par l'enseignement du droit, apparaît plus clairement un siècle plus tard. Dans le sillage de la nouvelle école et des auteurs comme Gény ou Saleilles, une partie des civilistes, bien décidés à aller « *au-delà du Code civil* », contestent le monopole du législateur dans la confection du droit civil. Pour y parvenir, ils sollicitent la pensée juridique allemande du XIX^e siècle : la science pandectiste. Le savoir des auteurs qui, partant des matériaux du droit de Justinien, ont édifié, sans l'aide d'un législateur, un véritable système juridique²⁸. La doctrine française va ainsi

22 *Analyse raisonnée de la discussion au Conseil d'État*, 3^e éd., Paris, 1824.

23 Voyez PH. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 161.

24 Voyez A. DUFOUR, « Présentation générale », dans F. C. V. SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Paris, Léviathan, PUF, 2006, p. 14.

25 Sur ce qu'on appelle « l'école de l'exégèse » voyez PH. RÉMY, « Éloge de l'exégèse », *RRJ* 1982, p. 254 s.

26 Sur leurs méthodes, qui consistent souvent à « *forger des principes sur la base des textes* » voyez PH. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, pp. 72-95 – adde F. BÉRIA DE SAINT-PRIX, *Notes théoriques sur le code civil*, tome 1^{er}, Paris, Videcoq, 1856, p. IX (à propos de l'enseignement du code) : « *chaque article, ou plutôt, chaque décision de la loi doit être rattachée au principe dont elle dérive, ou auquel elle forme exception [...] la science du droit est une collection de principes susceptibles de s'enchaîner rigoureusement les uns aux autres* ».

27 Voyez par exemple C.B.M. TOULLIER (qui est professeur de droit civil à la faculté de droit de Paris), *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, tome 6, 4^e éd., Paris, Warée, 1824, n° 166 s. – la note (2) est consacrée à la définition de la cause, toujours la même pour un même type de contrat. Par comparaison, voyez le *Cours de code Napoléon* de DEMOLOMBE (tome XXIV, Hachette, Paris, 1868, n° 344 s.), la théorie, toujours appuyée sur le droit romain, a gagné en précision.

28 À propos de la « *jurisprudence de droit commun* » voyez M. WEBER, *Sociologie du droit*, Quadrige, PUF, 2007, p. 43.

s'inspirer d'un « travail juridique » qui permet une rationalisation du droit²⁹ ; d'un enseignement universitaire qui « dégage » « des concepts » qui ont « le caractère de norme abstraite »³⁰. La théorie de l'acte juridique (*Rechtsgeschäft*) est un exemple significatif de l'application d'une telle méthode³¹. Inconnue du code civil de 1804, la doctrine du début du XX^e siècle la présentera pourtant comme une « source particulière du droit »³². Une telle théorie est alors « tirée » ou induite des textes du code. Puis elle est présentée comme l'une de celles « dont la connaissance préalable (ne fût-ce que par voie axiomatique) commande l'étude de l'ensemble du droit civil »³³. Elle est donc, si l'on veut, un principe qui, une fois créé par le travail dogmatique, structure le récit du droit des obligations. Dans son projet d'aller « au-delà du code civil », la doctrine du début du XX^e siècle s'appuiera aussi sur l'observation des faits sociaux³⁴, elle sollicitera le droit comparé. Et surtout, elle construira la figure de la jurisprudence³⁵. Grâce à celle-ci, alors érigée au rang de (quasi) source du droit, de nombreux concepts verront le jour (obligation de sécurité, responsabilité contractuelle, théorie moderne de la cause, etc.). Les attendus de la Cour de cassation offrent en effet une matière première fragmentaire sans cesse renouvelée, mal connue, parfois ignorée, que le travail dogmatique peut transformer en théorie générale. Ainsi, la théorie (dite moderne) de la cause, pour s'arrêter une nouvelle fois sur cet exemple, qu'enseigne Capitant³⁶, qui, plus subjective, se distingue de celle de ses prédécesseurs, ne préexiste pas, en tant que telle, à la systématisation des solutions jurisprudentielles qu'il présente³⁷. D'ailleurs, à la même époque, à partir des mêmes matériaux, Josserand en présente une autre, assez différente³⁸.

29 Sur ce travail juridique voyez M. WEBER, *op. cit.*, *eod. loc.*

30 M. WEBER, *op. cit.*, pp. 146-147 ; 201-202.

31 Tel est aussi le cas en France, dès la parution du *Cours de droit civil français* de AUBRY ET RAU, de la célèbre théorie du patrimoine (1844). Une théorie qui, à partir des matériaux du code civil, est instituée grâce à l'application de la méthode (pandectiste) de *Zachariae*.

32 Voyez A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, avec le concours de JULIOT DE LA MORANDIÈRE, tome 1^{er}, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1938, n° 48, p. 61 s.

33 J. CARBONNIER, *Droit civil*, 1, préc., n° 161.

34 En sorte qu'elle appliquera, en même temps, la jurisprudence des concepts et celle des intérêts, la seconde devant corriger les excès de la première. – À propos d'un tel compromis voyez F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essais critique*, tome 2nd, nouveau tirage, Paris, LGDJ, n° 158 s., p. 82 s.

35 Voyez J. CARBONNIER, « La jurisprudence aujourd'hui », *RTD Civ.* 1992. 341.

36 Dans son *Cours élémentaire de droit civil français* (avec A. COLIN), Tome 2^e, 4^e édition, Paris, Dalloz, 1924, p. 298 s. – Théorie qui provient de sa monographie : *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923.

37 Voyez l'affirmation de CAPITANT dans l'avant-propos à son ouvrage sur la cause des obligations, (v. *supra*), p. X : « nos tribunaux ont [...] élaboré peu à peu, au jour le jour, sans l'appui de la Doctrine et malgré ses observations et ses critiques, une théorie de la cause qui tient une place considérable dans le droit jurisprudentiel des contrats et des libéralités. Seulement les éléments de cette théorie se trouvent disséminés dans d'innombrables jugements ; ils n'ont pas encore été groupés, classés et organisés en corps de doctrine [...] ».

38 *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, Dalloz, 1928.

B.

À partir de tels exemples, on mesure comment il est possible, pour un professeur, de modifier le récit du droit des contrats français, de forger de nouvelles théories générales, en s'appuyant, non plus sur le droit Justinien ou sur la jurisprudence de la Cour de cassation, mais sur des concepts issus du droit européen. Plus gravement, la tentation existe de penser que, grâce à l'enseignement qu'elle prodigue, la doctrine est une source du droit des contrats. Il ne faut pas y succomber. Bien sûr, l'histoire pourrait être convoquée : les universités occupaient avant la codification une place prépondérante dans l'élaboration du droit³⁹. Et les civilistes, au nom de leur science, ont jadis bataillé contre l'influence grandissante de la législation⁴⁰. Toutefois, confondre l'enseignement du droit et la création du droit positif empêche de saisir l'originalité du premier. L'enseignement n'a d'effet que sur la connaissance du droit. Pour autant, il procède à la *création d'un objet* et ne consiste pas simplement à décrire le droit « tel qu'il est »⁴¹.

L'activité dogmatique suppose la mise en œuvre d'opérations, comme celle de systématisation⁴², grâce auxquelles le droit devient objet de connaissance, celles par application desquelles il est ce que nous en savons. Pour employer une formule de Carbonnier, les professeurs de droit transforment un « magma confus », le droit, en une « source claire », un discours sur le droit. Ils procèdent à une construction discursive du droit en un système ou en un ordre. Une telle construction répond à un besoin. Il ne s'agit pas de celui de connaître le « droit tel qu'il est », c'est-

39 S'agissant de droit des contrats, le droit romain vient en premier. Le moment de la codification a été précédé par une période où, à partir du XII^e siècle, dans une grande partie de l'Europe, le *Corpus Juris Civilis* est appliqué par les princes et les juges (à titre principal ou subsidiaire ; avec d'inévitables nuances) ; il le sera en France jusqu'en l'An XII et en Allemagne jusqu'en 1900. Or le *Digeste* et les *Institutes* contiennent alors presque tous les textes concernant le droit des contrats (le droit applicable à la vente, au louage, au mandat, à la société au prêt...). Et l'autorité de ces textes et leur(s) interprétation(s) tient pour beaucoup à la diffusion de leur enseignement dans les universités qui se multiplient dans l'Europe du Moyen Âge. Selon le professeur Grossi, à partir du XI^e siècle, s'appuyant sur le droit romain de Justinien, « la science est la seule source qui, en l'absence d'un pouvoir politique achevé, puisse réunir, organiser et unifier un énorme matériau factuel éparpillé, c'est-à-dire qui puisse lui conférer ce caractère ordonateur qui est le cachet substantiel du droit et de toute dimension juridique » (*L'Europe du droit*, préc., p. 57). Comme l'enseigne à propos de Bartole et de Balde, c'est-à-dire du *mos italicus*, le professeur Carbasse, « ce sont eux qui donnent au droit de Justinien, combiné au droit canonique et à leur premier commentaire, le statut de droit commun de l'Europe, jus commune. Plus que les compilations byzantines, c'est l'opinion commune des docteurs (communis opinio doctorum) qui le constitue » (*op. cit.*, n° 93).

40 Voyez F. C. SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Traduction, introduction et note A. DUFOUR, Léviathan, PUF, 2006. Cet auteur rappelle en 1814 que le droit (romain) tire son autorité de l'histoire du peuple mais aussi de la science, c'est-à-dire de l'activité des professeurs de droit.

41 Comme l'écrivent A. COLIN et H. CAPITANT, la doctrine joue « dans une certaine mesure un rôle créateur » : *Cours élémentaire de droit civil*, tome 1^{er}, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1923, p. 34.

42 « Toute science » affirmait Carbonnier « systématise ; mais le droit, sous certains aspects, semble n'être que cela. Les sources formelles font connaître les règles de droit dans la dispersion et parfois l'incohérence (même la synthèse que tente une codification peut n'être pas satisfaisante) avec ses doubles emplois et, à l'inverse, des lacunes. Il faut classer, rassembler, compléter ou éventuellement éliminer, bref mettre un ordre, imprimer aux dispositions particulières d'unité d'un système ».

à-dire la vérité du droit. D'une part, une telle vérité, comprise comme la mise au jour des causes historiques des normes juridiques, proviendrait d'en dehors du droit; le discours satisfaisant un tel besoin ressemblerait donc plutôt à celui des réalistes américains ou, en Europe, à celui des sociologues du droit – ce que n'est évidemment pas la dogmatique. D'autre part, le droit «tel qu'il est», à l'heure du bouleversement de ses sources, apparaît comme totalement chaotique; contradictoire, indéterminé, insaisissable, il est un phénomène de mosaïque. Or, l'enseignement dogmatique du droit est utile précisément parce que la vérité du droit est insaisissable sans faire violence aux faits. Il répond à un besoin de «maîtrise des choses»⁴³, de prévisibilité. Grâce à lui, en dépit du désordre des règles juridiques, les solutions de droit demeurent calculables – et c'est ce calcul que les juristes apprennent à faire à la faculté⁴⁴. Plus qu'une description, la connaissance du droit offert par la dogmatique est une interprétation: elle *donne un sens* au chaos de la production normative⁴⁵; fabriquant des concepts elle protège les juristes d'un tel chaos.

Pour cela, le discours dogmatique est fondateur⁴⁶. Il prend la forme «d'une élaboration systématique et rationnelle du droit»⁴⁷. Par sa force performative, il institue l'ordre juridique. Je songe à l'affirmation de Barthes selon laquelle «*un fait n'a jamais qu'une existence linguistique*». De ce point de vue, le droit est constitué par le discours de la doctrine⁴⁸. Je veux dire qu'un tel discours, formalisant le droit (= lui conférant une existence autonome d'autres faits sociaux qui pourtant le déterminent⁴⁹), le fonde en même temps comme ordre ou comme système. Par suite et corrélativement, conformément à la logique juridique abstraite décrite par Weber,

43 Voyez M. FOUCAULT, *Leçon sur la volonté de savoir, Cours au collège de France. 1970-1971*, Paris, Hautes Études, Gallimard, Seuil, 2011, p. 200. Dans une «*leçon sur Nietzsche*», l'auteur rapporte la citation suivante «*Tout appareil de la connaissance est un appareil d'abstraction et de simplification organisé non pour la connaissance mais pour la maîtrise des choses*».

44 Rapprochez de la définition du droit et de l'utilité de l'apprentissage du droit donnée par O.W. HOLMES, *The Path of the Law, The Common Law*, Classic of Law, Kaplan, New York, p. 1. : «*the object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the court*».

45 Voyez M. FOUCAULT, *Leçon sur la volonté de savoir, Cours au collège de France. 1970-1971*, Paris, Hautes Études, Gallimard, Seuil, 2011, p. 204.

46 Il a peut-être quelque chose à voir avec «*le moment instituteur, fondateur et justificateur du droit*» dont parle DERRIDA: *Force de loi*, Galilée, Paris, 1994, p. 32 s.

47 Voyez M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., p. 142 – à propos de l'enseignement théorique du droit; voyez aussi *Économie et société* / 2, *L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, Paris, Pocket, Plon, 1995, p. 12: le juriste «*procède de manière à pouvoir donner de ces diverses dispositions juridiques, en partant de la signification reconnue qu'elles ont acquises dans l'application et en se conformant à leur signification logique, une interprétation telle qu'elles puissent être amalgamées en système logiquement cohérent. Ce système est 'l'ordre juridique' dans le sens juridique du mot*».

48 Comparez avec H. CAPITANT, «*Préface*», *Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, précité, p. V. Cet auteur précise que grâce à la découverte des principes de la loi et à «*la déduction des conséquences qui en découlent logiquement*», l'interprète qui enseigne le droit «*reconstitue dans son ensemble le système juridique dont le législateur n'indique que les principales dispositions*».

49 Rapprochez de D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris, NFR, Essais, Gallimard, 2010, p. 27.

ce que les juristes ne peuvent pas « penser » et « construire » n'a pas « d'existence juridique »⁵⁰. En sorte que, comme le note le professeur Jeammaud à propos de ce qu'il nomme l'activité « dogmatico-doctrinale », « *la nécessaire distinction du droit, phénomène social normatif, et des savoirs dont il est l'objet, n'empêche que la substance de cet objet est en partie le fruit de ces savoirs* ». L'activité d'enseignement ne conduit pas à la création de droit (au sens de droit positif), mais lui donne, au terme d'un processus intellectuel complexe, un contenu ou un corps connaissable. Un corps ou un contenu qui n'existait pas comme tel avant d'être formalisé⁵¹.

II.

Définit de la sorte, dans son irréductibilité, l'enseignement du droit appelle une autre question : a-t-il un sens politique ? Rien ne garantit qu'il soit anodin, neutre ou impartial⁵². Il peut être pro ou anti européen. Ainsi, les critiques émises par une partie de la doctrine française à l'encontre du projet d'édifier un droit européen des contrats peuvent s'appliquer l'enseignement d'un tel droit. Portant sur une sorte de « volapük » juridique, il sera suspect aux yeux de ceux qui adoptent une conception juridique historique ou nationaliste. En allant plus loin, il me semble que deux raisons suggèrent de qualifier l'enseignement du droit d'acte politique. Il correspond à l'exercice d'un *pouvoir* appartenant aux professeurs de droit (A). Il est un *instrument* au service d'une conception de l'ordre social (B).

A.

L'enseignement donne un pouvoir aux professeurs de droit, un pouvoir interne au droit, un pouvoir sur les esprits ; il nourrit un espoir aussi : celui d'exercer une emprise sur le monde. Au début du XX^e siècle, la doctrine de la nouvelle école ne s'en cache pas. L'enseignement du droit sert d'abord à s'affranchir de l'influence de la loi. Thaller dans sa préface au *Traité de droit commercial* précise qu'il appartient à l'École « de pourvoir les magistrats et les avocats de demain » des « lignes directrices » qui, issues du travail doctrinal, ne se trouvent pas dans la loi. Tel est selon lui « la mission » des professeurs de droit : « former le magistrat

50 *Sociologie du droit*, préc., p. 201.

51 Voyez H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par C. EISENMANN, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 80 : « conformément à la théorie de la connaissance de Kant, la science du droit en tant que connaissance du droit a, de même que toute connaissance, un caractère constitutif [...] elle « crée » donc son objet en tant qu'elle le comprend comme un tout présentant une signification, un tout intelligible. De même que le chaos des perceptions sensibles ne devient système doué d'unité – la cosmos, la nature – que par le travail de la connaissance scientifique qui y introduit l'ordre, de même la masse des normes juridiques générales et individuelles posées par les organes juridiques, c'est-à-dire les matériaux donnés à la science du droit, ne devient un système présentant une unité, exempt de contradictions, en d'autres termes un ordre – un ordre juridique – que par le travail de connaissance qu'effectue la science du droit ».

52 Comme l'écrit DUNCAN KENNEDY, « je soutiens que les facultés de droit sont de véritables arènes politiques, en dépit du fait qu'elles n'affichent pas de prétentions intellectuelles, qu'elles ne cautionnent aucune théorie en particulier et qu'elles ne présentent aucune vision réaliste de ce que devrait être la vie en société », *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies. Une polémique autour d'un système*, « Préface », Montréal, Lux Éditeur, 2010, p. 7.

lorsqu'il est encore sur nos bancs», tant qu'il est «débutant», grâce à des «formules assez précises pour exercer un pli sur son esprit»⁵³. L'idée est claire. La faisant sienne, Planiol la professe sans hésitation au *Traité élémentaire de droit civil*: la «doctrine donne l'orientation»; «elle prépare de loin beaucoup de changement, de législation et de jurisprudence par l'influence de l'enseignement». Même «si les commentateurs ne disposent pas du pouvoir de contrainte», «c'est» ajoute-t-il «dans leurs livres [...] et par l'enseignement oral que se transmettent les principes scientifiques et les idées juridiques dont l'autorité domine la pensée des juges et du législateur lui-même et qu'on appelle la tradition». Alors que Planiol parle de «tradition»⁵⁴, Saleilles, au *Livre du centenaire*, fera référence, aux «praticiens de toutes sortes», c'est-à-dire aux anciens étudiants des facultés de droit, à «l'organe de la coutume». C'est ainsi, à propos de la portée de leur enseignement, l'autorité de Savigny que convoquent les civilistes français du début du XX^e siècle. Pour eux, l'enseignement du droit semble l'instrument d'une sorte de restauration, celle de l'autorité de la science juridique, «force interne et silencieuse»⁵⁵.

Dans cette mesure, l'enseignement du droit (français ou européen) des contrats peut, selon qu'il repose sur une approche nationaliste ou une perspective pro-européenne, donner à voir une image différente de l'ordre juridique; et de cette façon, contribuer à influencer la pratique. Disposant d'un pouvoir sur les esprits⁵⁶, le professeur de droit peut ainsi décider d'intégrer, sans toujours le dire, un point de vue politique à son discours. Comme l'écrivait Ripert, «un juriste ne doit pas seulement être un technicien habile qui rédige ou explique avec toutes les ressources de l'esprit les textes de la loi; il doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral, et, parce qu'il a une parcelle de la puissance intellectuelle, il doit utiliser cette puissance en luttant pour ses croyances»⁵⁷.

Il est ainsi possible – en assumant le risque de se tromper – de déceler une intention politique dans certains cours de droit civil. Il me semble par exemple que le tome 2 consacré au droit des obligations du *Traité élémentaire de droit civil* de Planiol revue et corrigé par Ripert⁵⁸ (avec le concours de Boulanger) témoigne discrètement des partis pris de celui-ci⁵⁹. Les idées ne sont plus exactement celles de Planiol dont Ripert est pourtant le continuateur. L'inspiration germanique qui

53 *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1900, pp. IV-VI.

54 Sur la «tradition» et les «autorités» voyez aussi F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, tome 2nd, nouveau tirage, Paris, LGDJ, 1954, n°138 s., p. 3 s.

55 Voyez F. C. SAVIGNY, *op. cit.*, pp. 55-56.

56 Voyez D. KENNEDY, *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies*, préc., p. 8: «puisque la plupart des étudiants croient ce qu'on leur dit explicitement ou implicitement au sujet du monde dans lequel ils entrent, ils agissent de façon à réaliser les prédictions que le système fait à leur sujet et au sujet de ce monde».

57 *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1949, p. 29.

58 *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, revue et complété par G. RIPERT avec le concours de J. BOULANGER, 2^e éd., tome 2, Paris, LGDJ, 1947.

59 «On a fini par s'apercevoir» écrit-il dans *La Règle morale dans les obligations civiles* (*op. cit.*, n° 4, p. 6) «que toutes les constructions techniques imaginées depuis une quarantaine d'années, et qui ont été en partie inspirées du Code civil allemand, ont singulièrement troublé notre conception du droit sans nous apporter rien de bien satisfaisant».

habitait l'enseignement du premier est réduite⁶⁰. Le plan d'exposition du droit des obligations n'est ainsi plus inspiré du BGB, et de ses méthodes, mais du code civil⁶¹, et de son esprit⁶². Par ailleurs, conformément à la tradition française, la théorie de la cause est reconstruite, laissant à cette notion une place considérable, qui en fait un instrument de contrôle de la moralité du commerce juridique.

Au-delà de cet exemple, la portée politique de l'enseignement du droit doit être bien comprise. Elle est limitée par son objet, le droit positif⁶³. Et surtout, elle est neutralisée par l'application de la méthode dogmatique. C'est-à-dire par les règles de production d'un discours technique fondé sur une rationalité logico-formelle (ce qui ne peut pas être pensé par un juriste n'a pas d'existence juridique). Une méthode qui, disqualifiant les arguments non juridiques, limite mécaniquement la liberté des interprètes du droit – tout en assurant le monopole des juristes pour étudier le droit. Une méthode scientifique ou savante dont le respect, assuré par la communauté universitaire, permet de tracer une limite entre liberté académique et liberté d'expression⁶⁴. L'enseignement du droit des contrats, même s'il propose une critique du droit positif, ne peut donc qu'indirectement être marqué par des considérations politiques. Ainsi, l'espoir pour un professeur de droit d'influer sur les affaires publiques est mince. Corsetée par la méthode dogmatique, la restauration de l'autorité de la science juridique opérée dans le sillage de Génys n'équivaut pas à une prise de pouvoir politique par les universitaires⁶⁵.

B.

Une telle affirmation n'épuise pas la question du sens politique de l'enseignement du droit. Celui-ci, reposant sur l'interprétation et la systématisation des normes juridiques, reflète formellement une conception de l'ordre social. Par elle-même, l'application de la méthode dogmatique est un *mécanisme de pouvoir*.

60 Sur « l'influence allemande » ou la « fascination pour le droit allemand » de Planiol voyez G. BABERT, *Le système de Planiol (bilan d'un moment doctrinal)*, Thèse, Université de Poitiers, sous la direction de PH. RÉMY, p. 46 s.

61 Toutefois Ripert évoque des raisons pédagogiques voyez le *Traité élémentaire*, préc., n° 6, p. 2.

62 Sur l'importance des plans d'exposition du droit des obligations, sur ce qu'ils révèlent et sur les différences existantes, sur ce point, entre le code civil et le BGB voyez PH. RÉMY, « Plans d'exposition et catégories du droit des obligations » dans *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de F. TERRÉ, Paris, Dalloz, 2009, p. 83 s. ; « Réviser le Titre III du Livre troisième du Code civil ? », *RDC*, 2004, p. 1169 s.

63 Une telle limite correspond au projet kantien de la Doctrine du droit et du Conflit des facultés : les juristes ne doivent répondre qu'à la question « *quid juris* » – voyez M. VILLEY, « La doctrine du droit dans l'histoire de la science juridique », « Préface », *Métaphysique des mœurs, Première partie, Doctrine du droit*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1971, p. 10 s. Un tel projet, et le dessein de vérifier son application, sera aussi celui de la théorie du droit.

64 Sur ce point voyez O. BEAUD, « Academic freedom : les chemins américains de la liberté universitaire » (à propos de l'ouvrage de M. W. Finkin et R. C. Post, *For the Common Good, Principles of American Academic Freedom*, New Haven-Londres, Yale University Press, 2009), *Critique*, avril 2010, p. 291.

65 Pour Savigny d'ailleurs la science juridique ou jurisprudence est l'« *élément technique* » dans la vie du droit, pas son « *élément politique* ».

Elle a un sens politique. Un sens qui donne aux professeurs de droit un rôle, parfois inconscient, dans la société.

Tout d'abord, la doctrine en général, l'enseignement dogmatique en particulier, légitime le droit. L'exemple du travail des professeurs de code civil au XIX^e siècle montre combien, s'agissant d'un droit nouveau, l'enseignement a joué un rôle important. Partant, le droit européen des contrats, même virtuel, pourrait bénéficier d'une telle légitimation. S'en saisissant, les professeurs l'habilleront « de vêtement classique », lui prêtant leur « science » et leur « langage savant », ils banaliseront l'innovation qu'il représente⁶⁶. En sorte que son enseignement pourrait, technicisant et corrélativement dépolitisant la question, préparer silencieusement la promulgation d'un droit européen positif des contrats.

Mais il y a plus. Au-delà d'une fonction de légitimation, l'enseignement dogmatique confère au droit ce qu'un auteur comme Hayek nomme sa « dynamique interne »⁶⁷. En ce sens, forgeant l'univers mental de chaque juriste, l'enseignement en fait l'anneau inconscient d'une chaîne, l'agent actif d'un mécanisme qui le dépasse. Tout part de l'idée, centrale dans le discours dogmatique, selon laquelle le droit est un système complet et cohérent et donc que chaque disposition a vocation à y trouver sa place. Résultat : « chaque juriste, lorsqu'il a à interpréter ou appliquer une règle qui ne s'accorde pas bien au reste du système, s'efforce de l'infléchir de telle sorte qu'elle soit conforme aux autres règles » ; il applique une technique qui l'amène à ajuster les éléments novateurs ou étrangers qu'il faut introduire dans le système juridique en les transformant de telle sorte qu'ils s'harmonisent avec l'ensemble⁶⁸. L'ordre se perpétue en dépit des réformes⁶⁹. Le droit fonctionne spontanément. Ainsi, la classe des juristes⁷⁰ forme une sorte de *force sociale conservatrice*. « Notre enseignement universitaire » écrit Lambert « a de tout temps été organisé en vue de faire des juristes les défenseurs spontanés de toutes les situations acquises et de développer en eux un esprit ultra-conservateur ». Un tel constat est aussi celui de Ripert pour qui « la science juridique crée un état d'esprit qui est commun à tous les juristes » ; « par la formation même de son esprit [...] le juriste est conservateur »⁷¹ ; un « conservateur par déformation professionnelle » approuverait Hayek⁷².

66 Voyez PH. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 246 s.

67 *Droit, législation et liberté*, préface PH. NÉMO, Quadriga, PUF, 2007, p. 175 – comparez avec J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Forum, Flammarion, 1996, p. 70 s. : « la classe juridique n'est pas neutre, ni inerte : elle a ses propres réflexions et ses réflexes. La présomption est que, par sa seule présence, elle infléchit le droit ».

68 Voyez F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, préc., p. 176.

69 « Le juriste aime l'ordre » affirme RIVERO : « La culture juridique », *Annales de l'Université de Poitiers*, 2^e série, n° 3, 1952.

70 CARBONNIER parle de « classe juridique » : *Droit et passion du droit sous la V^e République*, préc., p. 66.

71 Voyez *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 9.

72 *Op. cit.*, p. 176.

Une telle analyse, qui pourrait être discutée⁷³, permet de déduire quelques propositions. Certaines sont immédiatement perceptibles. (1) La formation systématique des juristes français au droit européen des contrats est un moyen permettant d'espérer l'eupéanisation *spontanée* du droit français. (2) Inversement, l'application en France d'un droit positif européen devrait se couler dans le système issu du Titre III du Livre troisième du code civil. (3) Corrélativement, lors de la présentation d'un cours de droit européen des contrats, un professeur de droit français nationaliserait mécaniquement les concepts et les méthodes objets de son enseignement.

Mais surtout, je crois que quel que soit l'objet enseigné (droit français ou européen des contrats) l'enseignement dogmatique aura toujours la même fonction. Au service de la sécurité juridique, il rend le droit calculable et apprend aux étudiants à en faire le calcul. Or il n'est pas certain qu'il n'existe pas une autre façon d'enseigner le droit des contrats. Au lieu de « dénaturer », de « truquer » et de « déformer » une « réalité juridique »⁷⁴ chaotique, pourquoi ne pas professer que le droit est indéterminé et incohérent ? Que si la formulation de théories ou de concepts, la dogmatique, est nécessaire, la recherche d'une solution ne peut simplement reposer sur l'application d'un syllogisme ? Qu'il n'y a pas pour les cas complexes de solution juridique mécanique ou totalement logique ? Qu'il n'y a peut-être même pas de cas complexe ? Que de nombreuses considérations (hors le droit) pèsent sur une décision juridique ? Bref, il existe sans doute d'autres voies que l'utilisation d'un discours dogmatique pour enseigner en Europe le droit des contrats. Il s'agirait de dépasser une conception exclusivement civiliste (basée sur un néo pandectisme) du contrat⁷⁵. Mais c'est une autre question⁷⁶.

73 Et qui surtout est réversible, comme l'explique HAYEK : les juristes, si le droit change entièrement, peuvent aussi être de redoutables agents au service d'une révolution juridique.

74 Voyez D. KENNEDY, *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies*, préc., p. 32.

75 À propos de l'importance de l'enseignement du droit civil voyez S. RIALS, « Dogmatique et humanités, considérations françaises sur une séparation », *Droits, Revue française de théorie juridique et de culture juridique*, 50, PUF, 2010, p. 209.

76 Voyez V. FORRAY, *supra*.

PROPOS CONCLUSIFS

PHILIPPE BRUN

Présentant dans son propos introductif la problématique générale de l'élaboration d'un droit européen des contrats, ce serpent de mer du droit privé, l'inspirateur et coordonnateur du présent ouvrage, Christophe Quézel-Ambrunaz évoquait à juste titre la double dimension positive et prospective d'une telle entreprise.

À ce diptyque effectivement central, on est tenté d'ajouter celui des dimensions proprement juridique et politique de la question, l'une et l'autre tendant à se masquer un peu tour à tour.

Qui en douterait? Assurément, un tel dessein est avant tout politique. Et, disons-le d'emblée, à considérer la question sous ce dernier angle, on décèle très vite, au risque de se décourager d'aller plus loin, des pétitions de principe et autres jugements à l'emporte-pièce, aussi quelques paradoxes et contradictions. Une sorte de florilège de ce que la légistique contemporaine peut offrir de plus technocratique...

Or si l'on peut comprendre que la question du «comment», justiciable pour une large part peut-on croire, de l'expertise des juristes donne lieu à des analyses aussi nuancées que conjecturales, c'est plus sûrement encore un jugement circonstancié et éminemment politique que l'on attend au principe de cette entreprise propre à répondre – comment ne pas commencer par là? – à la question originaire du «pourquoi».

À cet égard, il faut bien reconnaître que les explications avancées au soutien de cette œuvre semblent davantage procéder de l'auto-persuasion que de la démonstration. L'absence d'un droit européen des contrats (impératif ou à tout le moins optionnel) se payerait du prix d'un déficit astronomique de volume d'affaires au sein de l'Union européenne, les acteurs économiques répugnant à affronter les affres de la diversité juridique... Sur ce point, et en dépit de «l'expertise» produite par la Commission en ce sens, on se défend mal du sentiment que la démonstration est un peu courte, ce qui est d'autant plus gênant que, comme plusieurs des contributions de cet ouvrage l'ont rappelé, la Commission agit ici sans véritable mandat politique pour ce faire.

Peut-être une justification plus convaincante de cette stimulante initiative pourrait-elle se trouver dans l'idée, certes générale mais peu contestable que la construction d'un espace juridique européen, s'il ne peut se limiter – sans manquer totalement son but – à organiser l'espace économique, ne saurait à l'inverse laisser

dans l'orbite des particularismes nationaux un acte juridique aussi universellement humain que ne l'est le contrat, cet acte qui draine dans son sillage, sous la surface ostensible des enjeux économiques, tout un sédiment culturel et anthropologique. L'analyse de la dimension linguistique de la question proposée dans cet ouvrage aura donné à voir à quel point bâtir l'Europe du contrat est bien plus que produire du droit pour les marchands et les consommateurs...

Reste à déterminer comment s'y prendre.

La réponse au « comment » est sans doute plus directement juridique en apparence, mais on se gardera d'en négliger la dimension également politique. Il n'est que d'observer les vicissitudes de cette entreprise de construction d'un droit européen des contrats, les oscillations et hésitations des autorités de l'Union Européenne sur la méthode à employer à cette fin pour mesurer combien l'enjeu n'est pas de pure technique.

Méthodologiquement et, pourrait-on dire, déontologiquement, la Commission semble prête à emprunter quelques chemins détournés voire quelques artifices évoquant plus Machiavel que l'ascèse démocratique. On annonce d'un côté une large concertation des « acteurs » du droit contractuel en Europe pour déterminer les moyens à employer. On mandate de l'autre une équipe d'« experts » pour élaborer un projet de texte « clé en mains »...

Ce double langage a été justement dénoncé, dans cet ouvrage et ailleurs, mais peut-être faut-il voir dans ce début de schizophrénie juridique, la face apparente d'une réalité plus profonde. Et si la Commission s'affairait frénétiquement à l'élaboration d'un *esperanto* de droit économique pour parer au plus pressé sans perdre de vue, plus ou moins consciemment, qu'une véritable harmonisation du droit des contrats est une affaire de longue haleine?

C'est bien peut-être prêter trop de préscience et de lucidité à ceux qui font et défont la norme communautaire, mais force est bien de reconnaître en tout cas qu'il existe deux conceptions au moins de l'harmonisation du droit des contrats en Europe.

D'un côté une vision que, par commodité, on qualifiera d'idéaliste (mais le pragmatisme est aussi une forme d'idéal voire une idéologie et les « idéalistes » n'injurient pas nécessairement plus la réalité que les tenants du pragmatisme), reposant peu ou prou sur la conviction que le rapprochement des outils juridiques présuppose un rapprochement des concepts, une certaine communauté de pensée juridique.

Cette vision des choses est portée notamment par ceux des universitaires qui, à leur propre initiative le plus souvent, se sont lancés dans une traversée au long cours (en ayant en général la lucidité et l'humilité de penser ne pouvoir faire qu'une partie du chemin) qui n'est pas sans faire songer à l'œuvre juridique médiévale en quête d'un droit commun. Il y est bien acquis que l'entreprise ne peut être que progressive et à long terme, et qu'il ne suffit pas d'employer dans une langue unique – qui ne serait pas la langue de tous – des concepts neutres ou pauvres, réduits au plus petit dénominateur commun pour prétendre planter sans tromperie le drapeau de l'Union Européenne sur le contrat. À langue d'aéroport, droit d'aéroport...

Du côté des autorités communautaires, animées – ce qui n'est évidemment pas illégitime en soi – du souci des contingences économiques immédiates, on semble disposé à se contenter d'un tel ersatz de droit.

D'où cette autre conception de l'harmonisation du droit des contrats, beaucoup plus utilitariste qui débouche, de manière un peu déceptive aux yeux de ceux qui attendraient un droit européen des contrats digne de nos vénérables codes, sur de l'harmonisation encore assez sectorielle, avec une proposition de règlement d'obédience consumériste au demeurant, et consacrée à l'élaboration d'un droit commun de la... vente!

Il faut sans doute prendre au sérieux l'idée défendue dans cet ouvrage selon laquelle le droit européen consumériste, en promouvant un droit expurgé des concepts classiques du droit des contrats pourrait contribuer à jeter les bases d'une « contre-théorie » du contrat. Il n'est pas à exclure d'ailleurs que l'observation puisse valoir également – moyennant quelques nuances – pour le droit des contrats publics que leur passage au spectre du droit de l'Union pourrait vouer à une certaine banalisation.

Il reste que, l'harmonisation réalisée jusqu'à présent, quels qu'en soient les ressorts – il n'est pas exclu que la réalisation du marché intérieur sous couvert de protection du consommateur en demeure le ressort essentiel – est bien trop sectorielle pour espérer préfigurer l'avènement d'un véritable droit commun des contrats européen.

À contempler l'œuvre déjà réalisée à l'échelle de l'Union Européenne, le droit positif morcelé et sectorisé qui en résulte, on dispose d'un aperçu assez réaliste des questions à résoudre et des dilemmes à trancher quand il s'agit d'élaborer un droit commun fût-il réduit au « acquis communautaires »: de l'inévitable choix entre harmonisation et unification, à l'alternative entre système normatif impératif et optionnel (la substitution ou l'empilement), en passant par bien d'autres partis à prendre que, reconnaissons-le, les autorités de l'Union ont souvent quelque difficulté à trancher et – plus encore – à assumer clairement.

Ces questions juridiques se mêlent évidemment de politique et partout où l'harmonisation contractuelle est à l'œuvre, du continent Sud-Américain à l'Afrique en passant par les perspectives que l'Asie tente de commencer à dessiner, elles se posent avec la même acuité, ainsi que le montrent bien les contributions du présent ouvrage qui y sont consacrées.

Les difficultés sont réelles et il n'est évidemment pas question d'accabler à l'excès les autorités de l'Union. Mais, même sans verser dans ces caricatures faciles, on ne peut guère contester qu'en l'état actuel du chantier ouvert sur le vieux continent, c'est à la fois une impression de désordre et d'improvisation qui domine, l'utilitarisme de la démarche communautaire peinant à trouver matière à dépassement dans des desseins plus ambitieux. Au risque de dissuader les partisans d'un véritable droit commun d'y participer plus avant et de les vouer à des œuvres plus académiques et moins soumises au diktat de l'immédiateté.

Après tout, et si, un peu comme dans la fable du lièvre et de la tortue, le succès devait revenir, non à l'œuvre frénétique mais peut-être fugace du lièvre

communautaire, mais plutôt à la tortue académique, tissant lentement son œuvre progressive de maturation et de métissage des concepts? Si en définitive, le « vrai » droit européen des contrats ne pouvait naître que d'une longue épopée dogmatique, d'enseignement, de juxtapositions et de conjugaison de normes, d'enchâssements de données normatives et de *soft law*, ainsi que l'ont donné à imaginer certaines contributions de cet ouvrage?

C'est que le droit européen des contrats ne saurait se décréter, même à grand renfort d'experts. Il n'est pas absurde d'augurer qu'il ne vienne au jour qu'à l'échelle du temps qu'on a mis pour faire des cathédrales.

Achevé d'imprimer en février 2012
Imprimerie Présence Graphique
2, rue de la Pinsonnière
F - 37260 MONTS

Le droit européen des contrats est une réalité prospective. Une réalité, car, outre des manifestations positives, il s'appuie sur des corps de textes émanant de groupes de travail doctrinaux ou de l'Union européenne (plus encore depuis la proposition du règlement du 11 octobre 2011, relatif à un droit commun de la vente). Une réalité prospective toutefois, tant la matière contractuelle est encore essentiellement soumise aux droits nationaux.

La perspective d'une uniformisation du droit européen des contrats apparaît pleine de défis. Cet ouvrage croise les regards de différents auteurs qui ont travaillé la question en conjuguant véritable effort de recherche collectif et autonomie dans la rédaction des contributions. Les défis posés par la perspective d'un renouvellement du droit des contrats à une échelle transnationale se posent, ou se poseront, à toutes les organisations régionales qui se fixent comme but l'intégration des économies de plusieurs États. Si l'Europe peut faire figure de modèle, elle peut aussi trouver à s'inspirer des expériences étrangères. Les défis de la convergence des droits sont indéniablement partagés (Première partie). Une telle uniformisation des droits par-delà les frontières étant largement inédite, la méthode est l'objet d'un questionnement à part entière : le deuxième défi d'un droit européen des contrats est son mode de réalisation (Deuxième partie). Parce que sectorielle, la convergence des droits doit être bornée : le périmètre des matières et notions à inclure dans un instrument européen est à discuter particulièrement (Troisième partie). Enfin, si l'harmonisation ou l'uniformisation du droit européen a été impulsée par la réflexion doctrinale, son achèvement, par un effet de retour, conduira à penser et enseigner différemment le droit des obligations (Quatrième partie).

L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : le droit OHADA

Initiatives d'harmonisation régionale du droit de la consommation : les exemples du Mercosur et de l'OEA

Les accords de Libre-échange en l'Asie : Évaluation de la possibilité d'une uniformisation des droits

Le défi du langage (Déterminabilité d'un droit européen des contrats et pluralisme linguistique)

Réalisation instantanée ou progressive du futur instrument normatif? Tentative d'approche méthodologique

L'apport insoupçonné du droit social communautaire à l'élaboration d'un instrument normatif en droit européen du contrat

Un droit européen des contrats efficace : quelle intensité contraignante?

Un Code européen des obligations?

Le très spécial avant le général : l'impossible droit commun

Les incidences croisées du droit européen des contrats et du droit des contrats publics interne

La place de la notion de réparation en droit européen des contrats

Le droit européen de la consommation et la critique de la théorie générale du contrat

Ce qu'enseigner le droit européen des contrats veut dire.

Prix: 25 €

ISBN: 978-2-919732-04-3



Centre de Droit
Privé et Public des
Obligations et de
la Consommation
(CDPPOC-EA 4143)

lextenso éditions

